STEVENS
and
HAYNES,
BELL YARD,
TEMPLE BAR,
LONDON.

5732c

Third Floor Landing

33. 1

TRAITÉ

DE

DROIT COMMERCIAL

Imprimé par Ch. Noblet, rue Soufflot, 18.

TRAITÉ

DE

DROIT COMMERCIAL

COURS PROFESSÉ A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

PAR M. BRAVARD-VEYRIÈRES

PUBLIÉ, ANNOTÉ ET COMPLÉTÉ

PAR CH. DEMANGEAT

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS
AVOCAT A LA COUR IMPÉRIALE

TOME SIXIÈME

PARIS
A. MARESCQ AINÉ, LIBRAIRE-ÉDITEUR
17, RUE SOUFFLOT, 17

1865

Digitized by the Internet Archive
in 2025

https://archive.org/details/traitededroitcom0006chde

TRAITÉ

DE

DROIT COMMERCIAL

LIVRE TROISIÈME.

DES FAILLITES ET DES BANQUEROUTES.

TITRE II.

DES BANQUEROUTES. (Ch. D.)

Le mot *banqueroute* vient de deux mots italiens : *banco*, banc, comptoir ; et *rotto* (du latin *ruptum*), rompu, brisé. Il paraît qu'anciennement on avait l'habitude de briser le comptoir du commerçant qui ne faisait pas honneur à ses engagements. On en était venu à désigner par l'expression latine *banccæ-ruptus* celui qui avait encouru cette espèce d'exécution infamante (1).

Conformément à cette étymologie, pendant longtemps chez nous le mot *banqueroute* employé seul ne signifiait pas autre chose que le mot *faillite ;* et aujourd'hui encore, en Angleterre, le mot *bankrupt* est pris dans une acception très-large, comme désignant toute personne qui ne fait pas honneur à ses engagements (2). — On peut remarquer cependant que, déjà dans notre ancien droit, on disait *banqueroutier frauduleux* (il ne

(1) Nous possédons un curieux traité, imprimé à Leyde, en 1615, sous ce titre : *Praxis banccæ-ruptorum, auct. D. Sauterio.*

(2) Voy. la loi anglaise du 6 août 1861 : *an act to amend the law relating to bankruptcy and insolvency.*

paraît pas qu'on ait jamais dit *failli frauduleux*), pour indiquer celui qui faisait tort à ses créanciers, non par suite de circonstances malheureuses dont il était la première victime, mais par ses manœuvres dolosives (1).

Dans le projet de Code de commerce présenté aux Consuls le 13 frimaire an X, on distingue, comme dans l'Ordonnance de 1673, la *faillite ordinaire* et la *banqueroute frauduleuse;* mais le mot *banqueroute* implique par lui-même l'idée de fraude, et il est employé seul, comme synonyme de *banqueroute frauduleuse* (2). La Section *de l'intérieur* du Conseil d'Etat proposa un autre système : suivant elle, il convient de diviser les faillis en trois classes, et d'introduire entre les faillis ordinaires et les banqueroutiers frauduleux une classe intermédiaire, qui sera jugée correctionnellement. En effet, comme le dit M. Jaubert, dans la séance du Conseil d'Etat du 24 février 1807, « la faillite « est quelquefois l'effet du malheur, quelquefois l'effet de la « dissipation, quelquefois l'effet du crime. » C'est le système qui a été consacré par le Code de 1808 et par la loi de 1838 (3).

(1) Ainsi le Titre XI de l'Ordonnance de 1673 contenait les dispositions suivantes :

« La faillite ou banqueroute sera réputée ouverte du jour que le débiteur « se sera retiré ou que le scellé aura été apposé sur ses biens » (art. 1).

« Déclarons banqueroutiers frauduleux ceux qui auront diverti leurs « effets, supposé des créanciers ou déclaré plus qu'il n'était dû aux véri- « tables créanciers » (art. 10).

« Les négociants et marchands, tant en gros qu'en détail, et les ban- « quiers, qui, lors de leur faillite, ne représenteront point leurs registres et « journaux signés et paraphés, pourront être réputés banqueroutiers « frauduleux » (art. 11).

« Les banqueroutiers frauduleux seront poursuivis extraordinairement « et punis de mort » (art. 12).

(2) L'art. 418 de ce projet était ainsi conçu : « Il y a crime de banque- « route si le débiteur failli est convaincu d'avoir diverti une partie de son « actif, ou d'avoir dissimulé l'état de sa situation, soit par la supposition « de fausses créances, soit par l'altération ou suppression de ses livres de « commerce, soit par toutes autres voies frauduleuses. »

(3) Dans le Code de 1808, ce système est très-bien résumé par les deux articles suivants, placés en tête du Livre III :

ART. 438. « Tout commerçant failli qui se trouve dans l'un des cas de

Il n'y a que le commerçant failli qui puisse être condamné comme banqueroutier : les nouveaux art. 585, 586 et 591 ne laissent à cet égard aucune espèce de doute. Or, quand pourrons-nous dire qu'un commerçant est failli ? Lorsque sa faillite aura été déclarée par un jugement du tribunal de commerce (ou, en appel, par un arrêt de la Cour impériale) : c'est ce qui ressort jusqu'à l'évidence du nouvel art. 440 (1). Je dis donc, et je dis avec une entière conviction, qu'un jugement du tribunal de commerce, déclarant la faillite d'un commerçant, est le préliminaire indispensable pour qu'une poursuite en banqueroute simple ou frauduleuse puisse être régulièrement intentée contre ce commerçant ; je dis qu'il y a violation de la loi de la part du tribunal criminel qui commence par déclarer lui-même la faillite du prévenu ou de l'accusé pour arriver à lui infliger la peine de la banqueroute (2). Le législateur, en écrivant l'article 440, a exprimé aussi clairement que possible sa volonté qu'il n'appartînt jamais qu'à la juridiction commerciale de proclamer la cessation de paiements ou la faillite d'un commerçant.

Je ne dois pourtant pas me borner à invoquer ici le texte de

« faute grave ou de fraude prévus par la présente loi est en état de ban-
« queroute. »

« Art. 439. « Il y a deux espèces de banqueroute : la banqueroute simple,
« elle sera jugée par les tribunaux correctionnels ; la banqueroute fraudu-
« leuse, elle sera jugée par les Cours de justice criminelle. »

(1) « La faillite, dit cet article, est déclarée par jugement du tribunal de
« commerce, rendu, soit sur la déclaration du failli, soit à la requête d'un
« ou de plusieurs créanciers, soit d'office. »

(2) Certaines pénalités édictées par la loi commerciale, ou du moins édictées dans l'intérêt du commerce (voy. les art. 584, 591, 593, 594, 596 et 597 du Code de commerce, 402, 403 et 404 du Code pénal), ne peuvent être prononcées que là où il y a faillite. Dans la dissertation qui va suivre, je me réfère toujours à cette question : *Qui peut être condamné comme banqueroutier ?* Mais la conclusion à laquelle j'arrive devrait également être suivie si la question était de savoir ce que suppose avant tout l'application des art. 593 et suiv., compris dans le Chapitre *Des crimes et des délits commis dans les faillites par d'autres que par les faillis*. En un mot, quand la loi établit une peine contre un failli, ou pour certains faits commis par un tiers à l'occasion d'une faillite, quel sens attache-t-elle à ces expressions *failli, faillite ?* Voilà ce que je me propose de rechercher.

la loi : car la doctrine si nettement formulée dans ce texte est méconnue par la Cour de cassation et par tous les auteurs (1). Voyons donc comment il se peut faire qu'en présence d'un article ainsi conçu : « La faillite est déclarée par jugement du tri« bunal de commerce, » la Cour qui est spécialement chargée d'assurer en France le respect de la loi soit arrivée à poser en principe que l'existence de la faillite peut être déclarée par un tribunal criminel, toutes les fois que ce tribunal est saisi d'une poursuite en banqueroute simple ou frauduleuse.

Voici les motifs que la Cour de cassation donnait en 1811. Dans tous les cas où la question lui a été soumise depuis cette époque, ou bien elle a reproduit les mêmes motifs, ou bien elle s'est bornée à dire : « Il est de doctrine incontestée que, si la juridiction commerciale n'a point encore statué, la juridiction répressive n'en est pas moins obligée de statuer immédiatement » (2).

« L'action publique, dit l'arrêt de 1811, est essentiellement in« dépendante de l'action privée, hors les cas où la loi peut avoir « expressément ordonné une disposition contraire. La juridic« tion des tribunaux de commerce ne peut être saisie que par les « parties privées : si le jugement de ces tribunaux sur le fait « de la faillite était un préalable nécessaire à l'exercice de « l'action publique sur le fait de la banqueroute, il s'ensuivrait « que l'exercice de cette action serait soumis à l'arbitraire des « intérêts privés, ce qui serait directement contraire à la loi. « La banqueroute n'est pas une circonstance, une modification « du fait de la faillite; elle constitue un fait principal, sur le« quel le ministère public peut agir, quoique le tribunal de « commerce, qui n'est institué que pour les intérêts privés, « n'ait pas été saisi de la réclamation des créanciers sur le fait « de la faillite. »

(1) Sauf MM. Delamarre et Lepoitvin, et M. Trébutien.

(2) Voy. l'arrêt du 6 mars 1857 (Dev.-Car., 57, 1, 636). J'apprécierai bientôt d'une manière spéciale les *considérants* de cet arrêt.

Ces *considérants* peuvent se décomposer en trois propositions principales, que je vais apprécier successivement :

La Cour de cassation commence par poser en principe que, sauf disposition expresse à ce contraire, l'action publique est essentiellement indépendante de l'action privée. C'est là un principe qui me paraît incontestable (1). Mais quel en est le sens? Signifie-t-il que la justice criminelle a le droit de résoudre toute espèce de question, civile ou commerciale, dont la solution est nécessaire pour qu'on puisse statuer sur la question de criminalité? En aucune façon : le principe invoqué signifie qu'en général le ministère public n'a pas besoin du concours, de la bonne volonté d'un particulier, pour intenter l'action publique et pour faire infliger une peine à celui qui a commis une infraction. Il m'est impossible d'apercevoir comment de ce principe on peut sérieusement conclure qu'un tribunal de répression a qualité pour décider que telle personne est un commerçant failli.

La Cour de cassation ajoute que les tribunaux de commerce ne peuvent être saisis que par les parties privées ; qu'alors, si la poursuite en banqueroute n'était possible qu'après un jugement du tribunal de commerce déclarant la faillite, l'exercice de l'action publique se trouverait soumis à l'arbitraire des intérêts privés. Il y a là évidemment une erreur, un oubli du texte de la loi. En effet, d'après le Code de 1808 (art. 449), comme d'après la loi nouvelle (art. 440), le tribunal de commerce, pour déclarer la faillite, n'a point besoin d'avoir été requis à cet égard par une *partie privée* : le tribunal de commerce est investi par la loi, dans l'intérêt du commerce en général, dans un intérêt d'ordre public, du droit de déclarer la faillite, même d'office, et les statistiques sont là pour montrer que c'est un droit dont il use encore assez souvent (2). Il est donc abso-

(1) L'art. 4 du Code d'instruction criminelle le consacre de la manière la plus formelle.

(2) En 1861, sur 4,868 faillites qui ont été déclarées par les tribunaux de

lument inexact de présenter la doctrine que je combats comme fondée sur la nécessité de rendre l'exercice de l'action publique indépendant de l'arbitraire des intérêts privés.

Enfin la Cour de cassation proclame que la banqueroute *n'est pas une circonstance, une modification du fait de la faillite*, mais qu'*elle constitue un fait principal,* lequel est un crime ou un délit. Je ne me rends pas bien parfaitement compte de la pensée que la Cour a voulu exprimer. Probablement son idée est que, là où se rencontrent les caractères que la loi considère comme constitutifs de la banqueroute, il n'y a plus simplement le fait commercial appelé *faillite*, il y a un crime ou un délit *sui generis*. C'est là une vérité que très-certainement je n'irai pas contredire. Mais toujours est-il que ce crime ou ce délit ne peut exister, ne peut avoir été commis, aux termes de la loi, qu'autant que l'agent est un commerçant failli; et alors, on le voit, la question reste tout entière de savoir quels tribunaux en France ont le droit de déclarer que telle personne est un commerçant failli.

Je me fais peut-être illusion, mais je crois que les motifs contenus dans cet arrêt de 1811 n'ont absolument aucune valeur. Du reste, je m'empresse de le dire, la véritable pensée de la Cour de cassation, la considération qu'elle a jugée décisive, n'a pas été exprimée, ou du moins ne l'a pas été clairement, dans l'arrêt de 1811. *La juridiction criminelle doit être absolument indépendante de la juridiction civile* (1) : voilà ce qu'on peut alléguer de plus sérieux à l'appui de la jurisprudence de la Cour de cassation. Appréciens donc l'exactitude de cette formule en elle-même et dans son application à la question qui nous occupe.

Le législateur a constitué différents ordres de tribunaux, il a constitué la juridiction criminelle et la juridiction civile; puis

commerce de l'Empire, 309 l'ont été d'office ou sur les poursuites du ministère public.

(1) Arrêt du 22 mars 1838.

il a déterminé de quelle nature d'affaires connaîtrait la juridiction criminelle, de quelle nature d'affaires la juridiction civile. Que faut-il pour que nous puissions dire avec vérité que la juridiction criminelle est indépendante de la juridiction civile? faut-il que la juridiction criminelle s'attribue la connaissance de certaines questions qui, d'après leur nature, appartiennent à la juridiction civile? Evidemment non : car alors la juridiction criminelle ne serait pas seulement indépendante de la juridiction civile, elle serait indépendante de la loi, elle serait au-dessus de la loi, ce qui ne peut pas être. Ce principe : *La juridiction criminelle doit être indépendante de la juridiction civile*, n'est donc légitime qu'autant qu'on le traduit ainsi : *La juridiction civile ne doit mettre aucun obstacle à ce que la juridiction criminelle connaisse des affaires dont la loi lui attribue la connaissance.* Et alors, on l'aperçoit de suite, il est tout aussi vrai de dire que la juridiction civile, en principe, et sauf les restrictions que la loi aurait expressément indiquées, doit être indépendante de la juridiction criminelle. Tout cela se réduit, en définitive, à cette formule plus large : *Chaque juridiction doit se mouvoir librement dans le cercle des attributions que la loi lui a conférées, et ne jamais empiéter sur les attributions conférées à une autre juridiction.*

Qu'on me permette ici une comparaison. Les Etats, les gouvernements qui les représentent, sont indépendants les uns des autres, sont autonomes. Quand un Etat croit avoir de bonnes raisons pour déclarer la guerre à un autre, il la lui déclare à ses risques et périls, et il n'a pas besoin pour cela d'obtenir la permission d'un troisième. Mais que penserait-on d'un Etat qui ferait le raisonnement que voici : « Je veux faire la guerre à telle puissance; vous, dont le territoire me sépare de cette puissance, vous n'avez pas le droit de m'en empêcher : donc vous devez souffrir que mes armées passent à travers votre territoire, car sans cela je ne pourrais pas réaliser ma volonté et je ne serais pas indépendant vis à vis de vous? » On penserait que l'Etat qui raisonne ainsi veut, non pas revendiquer sa propre indépendance, mais empiéter sur le droit d'autrui. — Or je

crains bien que ce ne soit trop souvent le cas de la juridiction criminelle lorsqu'elle prétend connaître de questions qui en elles-mêmes sont purement civiles, purement commerciales.

Voyons, en effet, si le principe de l'indépendance de la juridiction criminelle a réellement, d'après la loi et d'après la jurisprudence elle-même, le sens absolu que lui donne ici la Cour de cassation :

Un homme est véhémentement soupçonné d'avoir supprimé l'état d'un enfant; le ministère public a entre les mains la preuve du crime. Le tribunal de répression peut-il être régulièrement saisi? peut-il prononcer la peine édictée par l'art. 345 du Code pénal? Non : il faut d'abord que le tribunal civil juge la question de filiation : c'est là une question dont la solution ne peut sous aucun prétexte être donnée par un tribunal criminel. Les art. 326 et 327 du Code Napoléon sont formels sur ce point (1). Voilà donc le législateur qui porte atteinte au principe de l'indépendance de la juridiction criminelle !

Un homme est traduit en police correctionnelle comme ayant commis un délit ou une contravention en matière forestière; le prévenu excipe d'un droit de propriété ou autre droit réel. Si cette exception préjudicielle est fondée, soit sur un titre apparent, soit sur des faits de possession équivalents, personnels au prévenu et par lui articulés avec précision, et si le titre produit ou les faits articulés sont de nature, dans le cas où ils seraient reconnus par l'autorité compétente, à ôter au fait qui sert de base aux poursuites tout caractère de délit ou de contravention,

(1) Les personnes qui soutiennent que le tribunal de répression peut, en l'absence d'un jugement du tribunal de commerce qui déclare la faillite, reconnaître qu'un tel est commerçant failli et le condamner comme banqueroutier, ces personnes tirent de l'art. 327 un argument *a contrario*. C'est bien plutôt un argument *a fortiori* qu'il conviendait d'en tirer. En effet, le législateur, dans cet art. 327, n'a pas reculé devant l'idée que le caprice ou la collusion d'une personne privée pourrait faire obstacle à l'exercice de l'action publique : à plus forte raison, là où nous ne sommes point gênés par la possibilité d'un résultat de ce genre, devons-nous laisser à chaque juridiction le droit de statuer sur les questions qui lui appartiennent naturellement.

le tribunal correctionnel admettra l'exception, et fixera un bref délai dans lequel le prévenu devra saisir les juges compétents de la connaissance du litige et justifier de ses diligences, sinon il sera passé outre. Telle est la disposition formelle de l'art. 182 du Code forestier (1). Nouvelle atteinte portée par le législateur au principe de l'indépendance de la juridiction criminelle!

Un individu est traduit en Cour d'assises sous l'accusation de bigamie; il prétend que son premier mariage est nul. Est-ce la Cour d'assises qui va juger la question de nullité ou de validité du premier mariage? Non, la Cour d'assises doit surseoir, et renvoyer l'examen de cette question purement civile au tribunal civil. La Cour de cassation elle-même le décide ainsi (2). Voilà donc la Cour de cassation qui porte atteinte au principe de l'indépendance de la juridiction criminelle!

Enfin un individu est traduit en police correctionnelle sous prévention du délit de contrefaçon; il invoque, à titre d'exception, soit la nullité ou la déchéance du brevet, soit le défaut de propriété du brevet chez la partie plaignante : en un mot, il soulève une question qui par elle-même est de la compétence

(1) Comp. l'art. 59 de la loi du 15 avril 1829 *sur la pêche fluviale :* il contient une disposition analogue.

(2) Voy. MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, 4e édition, t. IV, n° 1510. Voici le raisonnement que l'on fait à l'appui de cette décision : « Lorsque la nullité d'un mariage est demandée pour cause de bigamie, si l'époux attaqué prétend que le premier mariage n'est pas valable, l'art. 189 du Code Napoléon veut que la question de nullité ou de validité de ce premier mariage soit jugée *préalablement :* elle doit donc faire l'objet d'une instance séparée, d'une instance principale. S'il en est ainsi quand la question est soulevée devant un tribunal civil, il ne saurait en être autrement quand elle est soulevée devant un tribunal criminel; or la juridiction criminelle ne peut pas connaître principalement d'une question de droit civil : donc l'appréciation de la validité du premier mariage sort de sa compétence, puisque cette appréciation ne peut jamais être faite incidemment. »

Je dois dire cependant que M. Bertauld, en ceci bien plus fidèle que la Cour de cassation à son principe de l'indépendance de la juridiction criminelle, décide que la connaissance de l'exception tirée de la nullité du premier mariage ne saurait être renvoyée devant la juridiction civile (*Questions et exceptions préjudicielles en matière criminelle*, n° 86).

des tribunaux civils (1). Le tribunal correctionnel peut-il statuer sur une exception de ce genre? Oui; mais il a fallu que le législateur l'y autorisât par une disposition spéciale (2), et la Cour de cassation explique cette disposition spéciale en disant qu'on a voulu « simplifier la procédure et hâter le jugement du fond, « dans une matière qui touche à de grands intérêts industriels « et qui présente toujours un caractère d'urgence » (3). Ainsi, la Cour de cassation semble bien le reconnaître, en l'absence d'une disposition spéciale, il aurait fallu dire que l'exception invoquée par le prévenu doit être renvoyée au tribunal civil. C'est donc qu'il n'est pas permis de poser en règle générale que les tribunaux de répression sont compétents pour connaître des questions civiles qui peuvent être soulevées devant eux : c'est donc qu'on a tort d'invoquer le principe de l'indépendance de la juridiction criminelle pour prétendre qu'un tribunal de répression peut toujours connaître de toutes les difficultés qui se rattachent à l'affaire dont il est saisi.

Je viens de montrer, soit dans nos lois, soit dans la jurisprudence de la Cour de cassation, des applications de l'idée que le tribunal de répression n'a pas une compétence générale pour statuer sur les questions de droit civil qui peuvent être soulevées devant lui. Cette idée était déjà admise en droit romain, bien qu'on ait prétendu le contraire (4). Je n'en veux d'autre

(1) Loi du 5 juillet 1844 *sur les brevets d'invention*, art. 34.

(2) Même loi, art. 46. Du reste, il est universellement admis que ce art. 46 ne comporte aucune espèce d'extension, et qu'ainsi un tribunal de commerce ne peut pas statuer sur la question de nullité ou de déchéance, lors même qu'elle est proposée comme exception à une action régulièrement portée devant lui. Voy. notamment l'arrêt de la Cour de Riom du 27 mai 1862 (Dev.-Car., 62, 2, 538).

(3) Arrêt de la Chambre criminelle, du 8 août 1857 (Dev.-Car., 57, 1, 634).

(4) Merlin, dans son *Répertoire*, v° *Question d'état*, § 3, s'exprime ainsi : « Il est de principe que tout juge compétent pour statuer sur un procès « dont il est saisi l'est, par là même, pour statuer sur les questions qui « s'élèvent incidemment dans ce procès, quoique d'ailleurs ces questions « fussent hors de sa compétence si elles lui étaient proposées principale- « ment (L. 1, C., *De ordine cognit.*; L. 3, C., *De judiciis*). » Ce passage de

preuve que le rescrit suivant, adressé par l'empereur Alexandre à un nommé Valerius : « S'il s'agit d'intenter une accusation

Merlin se retrouve dans une *note* célèbre adoptée à l'unanimité, en 1813, par les magistrats de la Cour de cassation (voy. Mangin, *Traité de l'action publique*, t. 1, n° 240). Le principe ainsi mis en avant ressort-il des deux textes qu'on invoque ? Je ne le crois pas.

Dans le premier de ces textes, l'empereur Alexandre dit à un certain Vitalius : « Vous voulez intenter une accusation criminelle contre un homme qui se prétend votre maître : faites d'abord reconnaître, dans la forme de la *causa liberalis*, que vous êtes libre; d'après le résultat de ce premier procès, le président de la province verra quel parti il doit prendre au sujet de l'accusation que vous demandez à intenter. » Evidemment ce texte est plutôt contraire que favorable à l'idée de Merlin et de la Cour de cassation.

Quant à la L. 3 *De judiciis*, c'est un rescrit du même empereur Alexandre, ainsi conçu : « *Quoties quæstio statûs bonorum disceptationi concurrit, nihil prohibet quo magis apud eum quoque, qui alioquin super causâ statûs cognoscere non possit, disceptatio terminetur.* » Ce rescrit suppose qu'entre deux personnes il y a en même temps à juger une question d'état et une question pécuniaire (par exemple une question de succession). Donc il faut reconnaître tout d'abord qu'il est étranger à la matière qui nous occupe, puisqu'il se réfère au cas où les deux questions qui se présentent à juger sont deux questions de droit civil, tandis que nous recherchons si un tribunal criminel peut toujours juger une question civile sous prétexte qu'elle est incidente à la question criminelle dont il se trouve saisi. Enfin ce rescrit, que décide-t-il? D'après la grande majorité des interprètes, il décide que rien ne s'oppose à ce que le différend tout entier soit terminé par le juge qui en général ne peut pas connaître d'une question d'état. Ainsi, non-seulement la question qui se présentait comme question *principale*, c'est-à-dire la question pécuniaire, mais également la question *incidente*, c'est-à-dire la question d'état, se trouveraient jugées d'un seul coup ! Tel n'est certainement pas le sens du texte. J'ai toujours été frappé de cette expression qu'il contient : *nihil prohibet quo magis*... Cette expression a paru embarrassante à plusieurs interprètes : car, de leur propre autorité, ils la remplacent par celle-ci : *nihil prohibet quominùs*... (voy. MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, *op. cit.*, n° 1508). *Quo magis* étant le contraire de *quominùs*, comme *nihilo magis* est le contraire de *nihilominùs*, j'ai été tenté de traduire ainsi : « Toutes les fois qu'une question d'état est liée à une question pécuniaire, « ce n'est pas une raison pour que l'affaire puisse être terminée par un juge « qui en dehors de cette circonstance n'est pas compétent pour connaître « d'une question d'état. » Mais je n'ai pas tardé à reconnaître que, pour plusieurs raisons, cette traduction est inadmissible. Voici, j'en suis bien convaincu, ce que veut dire le texte : « Toutes les fois qu'une question « d'état surgit à propos d'un procès relatif aux biens, ce n'est pas une rai-

« contre une femme que vous prétendez *ingénue*, la question « de liberté doit d'abord être jugée suivant les règles qui lui « sont propres (*suo ordine*) par le président de la province. En ef- « fet, il est nécessaire avant tout que l'on sache, en supposant que « le délit puisse être prouvé, si l'on procédera comme on pro- « cède contre une femme libre et ingénue, ou si l'on procédera « comme on procède contre une esclave » (1). Ainsi l'empereur ne veut pas que le juge compétent pour connaître de l'accusation criminelle en soit saisi tant qu'il n'a pas été statué dans la forme ordinaire sur la question de liberté ou de servitude; et pourtant cette question se lie de la manière la plus intime à la question de criminalité, à la sentence que le juge est appelé à rendre sur l'accusation criminelle, puisque pour un seul et même délit la peine qui doit être appliquée est différente suivant que le délinquant est libre ou esclave (2).

De ce qui précède il résulte qu'on ne va point contre la raison, qu'on ne va point contre la loi, quand on se refuse à reconnaître d'une manière absolue aux tribunaux de répression le droit de statuer eux-mêmes sur toute question civile ou commerciale à la solution de laquelle est subordonnée la culpabilité

« son pour que ce procès ne soit pas également vidé par le juge qui « du reste ne peut pas connaître d'une question d'état. » Ainsi, le juge, saisi d'une question relative aux biens et compétent pour la juger, doit la vider lors même que se présenterait incidemment une question d'état pour laquelle en principe il n'est point compétent. Il prendra parti sur la question d'état, en tant qu'il le faut pour juger la question pécuniaire; mais sa sentence n'aura point autorité de chose jugée relativement à la question d'état. Notre texte ainsi entendu est parfaitement d'accord avec plusieurs autres desquels il résulte que le juge valablement saisi d'une affaire peut bien apprécier *summatim* une question plus ou moins délicate et en dehors de sa mission, qui se présente *incidemment*, mais que, du reste, sa sentence n'aura pas force de chose jugée relativement à cette question qu'il n'a examinée que pour le besoin d'une autre cause. Voy. la L. 5, §§ 8 et 9, Dig., *De agnosc. et alendis lib.* (25, 3), et la L. 1, C., *De ordine judic.* (3, 8). Voy. aussi la L. 15 § 4, D., *De re judic.* (42, 1). Je regrette de m'écarter ici de la doctrine de M. de Savigny (*System*, t. VI, § 298).

(1) L. 3, C., *De ordine cognitionum* (7, 19).

(2) Claudius Saturninus, L. 16 § 3, D., *De pœnis* (48, 19).

ou l'innocence de l'individu traduit devant eux. Ce que la Cour de cassation appelle *l'indépendance de la juridiction criminelle à l'égard de la juridiction civile*, cela doit de toute nécessité recevoir certaines restrictions : la Cour de cassation elle-même est obligée de le reconnaître ; et c'est seulement sur le nombre et sur l'étendue de ces restrictions qu'on peut n'être pas d'accord. Voici comment M. Ortolan s'exprime à cet égard : « Nous te-« nons pour certain, quant à nous, que tout juge saisi d'une « question à résoudre est saisi, par cela seul, de toutes les opé-« rations de raisonnement nécessaires pour arriver à son but, « et, par conséquent, de toutes les questions qui peuvent s'en-« chaîner successivement comme autant d'éléments logiques « de celle qui lui est soumise. Pour qu'il soit obligé de s'arrêter « et de renvoyer à un autre juge une partie de ces opérations « préalables, il faut : ou qu'il s'agisse de pouvoirs tellement « séparés, comme le sont le pouvoir judiciaire et le pouvoir « administratif, qu'il ne lui est jamais permis d'entreprendre « sur une telle séparation ; ou bien, s'il s'agit d'un seul de ces « pouvoirs, comme ici du pouvoir judiciaire, en présence du « principe général de l'unité de justice civile et pénale, il faut « qu'un texte formel de loi ou un usage ayant autorité législa-« tive lui en impose l'obligation » (1).

Je ne veux point critiquer la théorie si clairement formulée par mon éminent collègue. Même en la tenant pour parfaitement exacte, même en s'y conformant de la manière la plus scrupuleuse, il faut arriver à dire que le tribunal de répression ne peut pas juger la question de savoir si tel individu est un commerçant failli, ou, plus spécialement, ne peut pas prononcer la peine de la banqueroute contre un individu que le tribunal de commerce n'aura pas préalablement déclaré en faillite. En effet, nous avons un texte formel de loi qui porte que la faillite est déclarée par le tribunal de commerce : c'est l'art. 440.

(1) *Éléments de droit pénal*, n° 1779. Comp. M. Bertauld, *Questions controversées*, etc., p. 61 et suiv.

De plus, voici le motif de cette disposition, tel qu'il a été donné, dans la discussion à la Chambre des députés, par le rapporteur de la Commission : « Le système de la Commission, ou plutôt « du Gouvernement, en rédigeant le projet de loi, a été d'exi- « ger, pour constituer la faillite, ce qu'on appelle *la cessation* « *de paiements*, c'est-à-dire de ne plus s'attacher à un fait isolé, « tel qu'un ou deux protêts, tel même que la clôture d'un ma- « gasin....., mais d'exiger un ensemble de circonstances, une « inexécution générale des engagements, et de le laisser à l'ap- « préciation du tribunal de commerce, qui, éclairé par sa con- « naissance des habitudes et des affaires commerciales, peut « prononcer avec connaissance de cause sur cet ensemble de « circonstances qui établissent la cessation des paiements et « l'inexécution des engagements du débiteur, qui seules consti- « tuent la faillite » (1). Je conviens que ce passage laisse un peu à désirer au point de vue de la correction et de l'élégance du style; mais je ne crois pas qu'il soit possible d'exclure plus catégoriquement, quand il s'agit de décider si tel individu doit ou non être considéré comme se trouvant en état de faillite, la compétence, même accidentelle, de tout tribunal autre que le tribunal de commerce.

Ce n'est pas tout : comme le remarquent très-bien MM. Delamarre et Lepoitvin (2), un autre article du Code de commerce, l'art. 483, montre que, tant qu'il n'existe pas un jugement déclaratif de faillite rendu par le tribunal de commerce, le ministère public ne peut prendre contre le commerçant aucunes mesures, exercer aucunes poursuites relatives au fait de banqueroute, d'où il faut évidemment conclure qu'un tribunal de répression ne peut pas être valablement saisi. D'après cet article 483, les officiers du ministère public peuvent se transporter au domicile du failli, assister à l'inventaire, requérir communi-

(1) *Collection des lois* de M. Duvergier, an 1838, p. 365.

(2) *Traité de droit commercial*, t. VI, n° 48. Voy. aussi M. Trébutien, *Cours élémentaire de droit criminel*, t. II, p. 68 et suiv.

cation de tous les actes, livres ou papiers relatifs à la faillite : si la loi commerciale n'eût pas entendu modifier ici le pouvoir que la loi commune donne au procureur impérial de poursuivre en tout temps les délits et les crimes, quel besoin avait-elle de parler de lui?

Voici encore deux considérations qui ont leur importance :

On n'oserait certainement pas dire que le tribunal criminel qui constate la faillite d'un individu, par exemple pour arriver à le condamner comme banqueroutier, peut et doit prendre les mesures que prend le tribunal de commerce rendant un jugement déclaratif : le tribunal criminel, tout en constatant l'existence de la faillite, ne va certainement pas l'organiser : il ne va pas nommer des syndics, nommer un juge-commissaire. Il arrivera donc, avec le système de la Cour de cassation, qu'un homme sera judiciairement reconnu en état de faillite, mais que ses créanciers ne formeront pas une masse représentée par des syndics. De bonne foi, cela peut-il marcher d'accord avec le nouvel art. 595 du Code de commerce, aux termes duquel la Cour d'assises ou le tribunal correctionnel statue d'office sur la réintégration *à la masse des créanciers* de tous droits, biens ou actions frauduleusement soustraits? Cet article n'implique-t-il pas forcément la pensée du législateur qu'à l'instant où le tribunal criminel statue sur le crime ou sur le délit imputé au failli ou à un tiers, il y a toujours un état de faillite organisé, organisé conformément aux dispositions de la loi, c'est-à-dire par un jugement du tribunal de commerce? — Cette pensée ressort aussi des art. 601-603, lesquels supposent même textuellement qu'il existe des syndics de la faillite, et que les dispositions du Code de commerce relatives aux biens en cas de faillite continueront d'être exécutées, *dans tous les cas de poursuite et de condamnation pour banqueroute simple ou frauduleuse.*

Enfin, dans le système de la jurisprudence il faut admettre, et la jurisprudence l'admet en effet, un résultat tellement déraisonnable qu'il suffirait pour nous autoriser à repousser le système d'où il procède. Supposons qu'un homme est traduit

en Cour d'assises sous l'accusation de banqueroute frauduleuse ; son moyen de défense consiste à dire que le commerce n'est pas sa profession habituelle, de sorte qu'au fond toute la question du procès est de savoir s'il est ou non commerçant. Je le demande, les jurés offrent-ils les garanties nécessaires pour résoudre une pareille question, question souvent très-difficile en elle-même, question qui plus qu'aucune autre rentre dans les attributions des tribunaux de commerce? C'est cependant le jury qui va se trouver chargé de statuer à cet égard ! Ainsi, le jury décidera si tels et tels actes sont ou non des actes de commerce, si une femme mariée fait ou non un commerce distinct du commerce de son mari (1), si le mari a ou non consenti à ce que la femme fît le commerce, etc. Et des témoins viendront devant la Cour d'assises déposer sur des faits de ce genre! — Certes il serait bien raisonnable que tout au moins l'attention des jurés fût spécialement appelée sur la question dont il s'agit, question si complétement en dehors de leur mission habituelle. Or, cela est impossible : la qualité de commerçant failli étant, non pas une circonstance aggravante, mais un élément constitutif du crime de banqueroute, on ne peut pas en faire l'objet d'une question distincte (2). Voici donc en quels termes le jury sera interrogé : *Paul, accusé, commerçant failli, est-il coupable d'avoir dissimulé une partie de son actif?* C'est ce que décide expressément un arrêt de la Cour de cassation du 20 mars 1846 (3). Ainsi, la question est posée de telle manière que le juré, s'il n'est pas parfaitement au courant, s'il ignore qu'un homme qui a dissimulé une partie de son actif à ses créanciers n'est coupable aux yeux de la loi qu'autant qu'il est commerçant et failli, le juré, dis-je,va répondre : *Oui, l'accusé est coupable*, parce qu'il sera convaincu qu'il y a eu dissimulation d'une partie de l'actif, sans

(1) C'est précisément l'espèce sur laquelle est intervenu l'arrêt de la Cour de cassation du 20 mars 1846, arrêt dont je vais parler dans un instant.

(2) Voy. M. Ortolan, *Éléments de droit pénal*, n° 1876.

(3) Dev.-Car., 46, 1, 584.

être le moins du monde convaincu que l'accusé est commerçant et qu'il est en état de cessation de paiements. Comme on l'a dit spirituellement, ces deux mots *commerçant failli* étant placés sur la même ligne que le mot *accusé*, le juré est autorisé à croire que la qualité de *commerçant failli* est dès à présent constante de même que la qualité d'*accusé*, et qu'il n'a pas plus à répondre sur l'existence de l'une que sur l'existence de l'autre. Jamais je n'admettrai, quant à moi, que le législateur ait voulu jouer ainsi avec ce que les hommes ont de plus précieux, leur honneur et leur liberté !

En somme, d'une part, le législateur a exprimé, aussi clairement que possible, sa volonté d'attribuer au tribunal de commerce compétence exclusive pour déclarer l'existence de la faillite; d'autre part, en permettant aux tribunaux criminels de suppléer à la déclaration du tribunal de commerce, on tombe dans de véritables impossibilités. La Cour de cassation se laisse d'ailleurs aller à une monstrueuse contradiction lorsqu'elle admet, en même temps, que la Cour d'assises saisie d'une accusation de bigamie doit renvoyer au tribunal civil la question de validité ou de nullité du premier mariage, et que la Cour d'assises ou le tribunal correctionnel saisi d'une question de banqueroute a qualité pour rechercher, en l'absence d'un jugement du tribunal de commerce, si l'accusé ou le prévenu est un commerçant failli. Pour moi, je l'avoue, je comprendrais peut-être mieux la décision inverse : car l'art. 189 du Code Napoléon est assurément moins expressif pour proclamer la compétence du tribunal civil (1) que ne l'est l'art. 440 du Code de commerce pour exclure la compétence du tribunal criminel.

— La Cour de cassation ne se borne pas à décider qu'en l'absence d'un jugement du tribunal de commerce statuant sur la question de savoir si Paul est ou non un commerçant failli, cette qualité de commerçant failli peut être reconnue par un tribunal

(1) En effet, cet art. 189 ne prévoit aucunement le cas d'une poursuite intentée devant un tribunal criminel.

criminel : poussant plus loin encore son idée que la juridiction criminelle doit être indépendante de la juridiction civile, la Cour de cassation arrive à dire que, là où le tribunal de commerce a positivement reconnu et déclaré que Paul n'est pas en faillite, le tribunal criminel peut ne tenir aucun compte de ce jugement et prononcer contre Paul la peine de la banqueroute (1). Je relate *in extenso* les *considérants* de l'arrêt rendu par la Chambre criminelle, le 6 mars 1857 :

« Il est de principe général et de droit public en France que « les juridictions civile et criminelle sont indépendantes l'une « de l'autre. Ce principe est fondé, entre autres considérations, « sur ce motif que les décisions civiles ne peuvent jamais réu- « nir, à l'encontre de l'action publique, et sauf, bien entendu, « les exceptions formellement autorisées par la loi, les condi- « tions constitutives de l'autorité de la chose jugée. En effet, « il n'existe entre les deux instances, ni identité de parties, « puisque le ministère public, partie poursuivante en matière « criminelle, n'est jamais partie dans les instances civiles, aux- « quelles il n'assiste pas quand il s'agit de la juridiction com- « merciale, et auxquelles il n'assiste que comme partie jointe « s'il s'agit de la juridiction civile proprement dite, — ni iden- « tité d'objets, alors même que les deux actions portent sur le « même fait, puisqu'elles ne l'envisagent pas sous le même « rapport, n'en déduisent pas les mêmes conséquences et ne « tendent pas aux mêmes fins, — ni même identité dans les « moyens de preuve, puisque la preuve testimoniale, qui est en « matière criminelle de règle générale, n'est en matière civile « qu'une exception rarement admise et étroitement limitée. « L'indépendance ainsi établie des deux juridictions entre elles « ne souffre d'exceptions, d'après l'ensemble de nos lois, qu'au

(1) Logiquement la Cour de cassation doit décider aussi que, quand le tribunal de commerce a fixé une certaine époque comme étant celle de la cessation des paiements, le tribunal de répression peut faire remonter à une époque toute différente cette cessation de paiements. Et elle le décide en effet.

« cas où l'action publique soulève une question préjudicielle, « parce que dans ce cas le juge de l'action n'est pas juge de « l'exception civile. Il est impossible d'attribuer, dans une pour- « suite pour banqueroute simple ou pour banqueroute fraudu- « leuse, le caractère d'exception préjudicielle au point de sa- « voir, d'une part, si le prévenu est commerçant, et, d'autre « part, s'il est en état de cessation de paiements : ce caractère « ne convient pas à la vérification de points de fait d'une telle « nature, puisque, indépendamment du peu de valeur, à ce « point de vue, de ces faits envisagés en eux-mêmes, il est au- « jourd'hui de doctrine incontestée que, si la juridiction com- « merciale n'a point encore été saisie de leur connaissance, la « justice répressive, loin d'être obligée de surseoir (ce qui de- « vrait être au cas d'une véritable exception préjudicielle), est « obligée, tout au contraire, d'en rester saisie et d'y statuer « immédiatement... » (1).

C'est là un raisonnement défectueux à tous égards : il ne me sera pas bien difficile de le démontrer.

La Cour de cassation pose d'abord en principe que les juridictions civile et criminelle sont indépendantes l'une de l'autre. Elle en conclut que la chose jugée au civil n'a point autorité pour les tribunaux criminels. Evidemment cette conclusion est incomplète : en bonne logique, il faudrait également dire que la chose jugée au criminel ne lie point les tribunaux civils. Or ceci est absolument inexact : la règle, au contraire, est que, le tribunal criminel ayant reconnu que la personne poursuivie a commis ou n'a pas commis telle infraction à la loi pénale, le tribunal civil doit nécessairement tenir pour conforme à la vérité la décision dont il s'agit. Cette règle est admise aujourd'hui par la grande majorité des jurisconsultes et par la Cour de cassation elle-même (2). Donc le principe de l'indépendance

(1) Dev.-Car., 57, 1, 636.

(2) Voy notamment MM. Aubry et Rau, t. VI, § 769, p. 504 et suiv.; et M. Bonnier, *Traité des preuves*, t. II, p. 493 et suiv. Voy. aussi l'arrêt de la Cour de cassation du 14 février 1860 (Dev.-Car., 60, 1, 193).

des juridictions civile et criminelle, entendu ainsi que l'entend la Cour de cassation, n'a véritablement aucune existence légale, puisque la juridiction civile ne peut pas méconnaître comme contraire à la vérité la sentence d'un tribunal criminel portant que Paul est coupable de telle infraction ou portant que Paul n'est pas coupable de telle infraction pour laquelle il a été poursuivi. Voilà bien évidemment la juridiction civile obligée de s'incliner devant la sentence rendue par la juridiction criminelle dans le cercle de ses attributions.

Maintenant, quelle est, aux yeux de la loi, la valeur de la chose jugée par un tribunal civil? Il est parfaitement vrai que cette chose jugée n'a de valeur, en règle générale, qu'entre les deux parties qui ont figuré dans l'instance, — qu'ainsi, lorsqu'un homme à qui je demandais des dommages-intérêts comme ayant commis un délit à mon préjudice, a été déclaré par le tribunal civil n'être pas l'auteur du délit, cela n'empêchera point le ministère public de le poursuivre devant le tribunal criminel et de le faire condamner comme coupable de ce même délit. Mais cette règle ne s'applique que là où la chose jugée se trouve avoir purement et simplement le caractère d'un contrat entre deux particuliers : elle ne peut s'appliquer dans les cas où, comme dans celui qui nous occupe, le tribunal a pouvoir de statuer d'office et dans un intérêt public : l'homme dont le tribunal de commerce déclare la faillite, cet homme est failli pour la société tout entière et non pas seulement pour tel ou tel de ses créanciers, — comme aussi, en sens inverse, celui que le tribunal de commerce a déclaré n'être pas en état de faillite, celui-là ne peut être réputé failli vis à vis de qui que ce soit.

Cette distinction entre les cas où la chose jugée n'a qu'une force purement relative, n'a d'effet que vis à vis des parties qui ont plaidé, et les cas exceptionnels où la sentence même émanée d'un tribunal civil *facit jus*, comme disaient déjà les Romains, c'est-à-dire a la force absolue d'une loi, cette distinction est bien simple, tout le monde la comprendra. Pourtant la Cour de cassation la laisse de côté, et elle en imagine une autre : la Cour

de cassation distingue suivant que la question qui par elle-même est de la compétence des tribunaux civils peut ou ne peut pas être soulevée comme exception préjudicielle devant les tribunaux de répression. La question pourrait-elle donner lieu à une exception préjudicielle : alors, si elle a déjà été l'objet d'un jugement du tribunal civil, le tribunal de répression devra se conformer à ce jugement. Au contraire la question n'est-elle pas de nature à être soulevée comme exception préjudicielle : alors le jugement du tribunal civil qui l'aurait déjà tranchée peut être réputé non avenu par le tribunal de répression.

Pour que cette distinction fût acceptable, il faudrait avant tout qu'on eût déterminé d'une manière précise les caractères auxquels nous devrons reconnaître que telle question peut ou ne peut pas donner lieu devant un tribunal de répression à une exception préjudicielle. Supposons que ces caractères aient été fixés avec certitude, de telle sorte qu'il n'y ait plus de controverse possible à cet égard ; supposons, de plus, que la question de savoir si Paul est ou non un commerçant failli ne présente pas les caractères nécessaires pour pouvoir fonder une exception préjudicielle. Alors, mais seulement alors, je comprendrai le système de la Cour de cassation, aboutissant en définitive à ces deux propositions : 1° *Le tribunal criminel saisi d'une poursuite en banqueroute peut et doit, en l'absence d'un jugement du tribunal de commerce statuant sur l'existence de la faillite, déclarer lui-même qu'il y a ou qu'il n'y a pas faillite ;* — 2° *le tribunal criminel saisi d'une poursuite en banqueroute n'est point lié par le jugement que le tribunal de commerce a rendu sur l'existence de la faillite, et, par conséquent, il peut déclarer qu'il y a faillite là où le tribunal de commerce a déclaré le contraire.*

Je le répète, et cela me paraît incontestable, les deux propositions dont il s'agit ne peuvent se soutenir qu'autant qu'on aura d'abord établi sur une base inébranlable cette première proposition : *Lorsqu'un individu poursuivi au criminel comme banqueroutier prétend qu'il n'est pas commerçant failli, cette prétention n'a pas les caractères requis par la loi pour constituer une*

exception préjudicielle. Voyons donc si la Cour de cassation a réellement démontré l'exactitude de cette proposition : tant que le doute sera possible à cet égard, la Cour de cassation tournera dans un cercle vicieux, et ses décisions ne seront que des pétitions de principe.

Or, en fait de démonstration, voici tout ce que nous trouvons dans l'arrêt du 6 mars 1857 : « Il est impossible d'attribuer le « caractère d'exception préjudicielle au point de savoir si le « prévenu est commerçant et s'il est en état de cessation de « paiements : ce caractère ne convient pas à la vérification de « points de fait d'une telle nature, puisque, indépendamment « du peu de valeur à ce point de vue de ces faits envisagés en « eux-mêmes, il est aujourd'hui de doctrine incontestée que, si « la juridiction commerciale n'a point encore été saisie, ... ». Je l'avoue humblement, j'ai relu plusieurs fois cette phrase embarrassée, et j'en suis encore à me demander quelle est au juste l'idée que le rédacteur a voulu exprimer. *Des faits envisagés en eux-mêmes, qui ont peu de valeur à ce point de vue!* qu'est-ce que cela peut signifier? Assurément cela ne signifie pas que les faits d'où résulte qu'un homme est commerçant et qu'il a cessé ses paiements sont indifférents, qu'ils n'ont point d'importance : car, selon que ces faits seront ou ne seront pas vérifiés, le prévenu sera renvoyé de la poursuite ou sera au contraire condamné à une peine qui peut être très-grave. Cela sans doute ne signifie pas non plus que la vérification des faits en question est chose tellement facile qu'on peut sans inconvénient la laisser au tribunal criminel : tout le monde sait que le tribunal de commerce, appelé à déclarer si un tel est en faillite, se trouve souvent aux prises avec de véritables difficultés, ce qu'atteste d'ailleurs suffisamment la circonstance qu'il n'est pas rare de voir ses jugements infirmés en appel. Il faut donc renoncer à découvrir ce que le rédacteur de l'arrêt a si bien caché sous ces mots : *le peu de valeur, à ce point de vue, de ces faits envisagés en eux-mêmes.*

Ce qui suit dans les *considérants* de l'arrêt, je le comprends bien, je ne le comprends que trop. Pour démontrer que le tri-

bunal de répression n'est pas lié par le jugement du tribunal de commerce, ou même (comme dans l'espèce) par l'arrêt de la Cour impériale, qui a jugé qu'il n'y avait pas faillite, voici l'argument dont on se contente : « Il est aujourd'hui de doctrine « incontestée que, si la juridiction commerciale n'a point en- « core été saisie de la connaissance des faits, la justice répres- « sive, loin d'être obligée de surseoir (ce qui devrait être au « cas d'une véritable exception préjudicielle), est obligée tout « au contraire d'en rester saisie et d'y statuer immédiatement. » Chaque fois que je vois une Cour ou un tribunal motiver ainsi ses décisions, et malheureusement cela n'est pas très-rare, j'en éprouve, je le confesse, une affliction véritable : car un *considérant* de ce genre ne saurait être qu'un aveu d'impuissance, à moins que ce ne soit un injurieux défi jeté à la science du droit. Je ne puis ni ne veux développer ici cette idée : tous les jurisconsultes me comprendront. Je me borne aux trois observations suivantes :

1° La loi fait un devoir au juge de motiver ses jugements (1). Je doute beaucoup que le juge se conforme réellement à la volonté de la loi quand il appuie sa sentence sur des motifs de cette espèce : *Il est de jurisprudence constante que..., Il est aujourd'hui de doctrine incontestée que...* Cette *jurisprudence constante* qu'on invoque comme une raison décisive ne court-elle pas risque de tomber en ruines le jour où un magistrat éclairé aura assez de loisir pour approfondir la question et assez de force pour convaincre ses collègues qu'ils avaient fait fausse route jusqu'à présent? Cette *doctrine aujourd'hui incontestée* derrière laquelle on se retranche comme derrière une forteresse inexpugnable ne sera-t-elle pas, demain peut-être, attaquée et réduite en poudre? Que le juge ne se repose donc jamais sur la jurisprudence constante, sur la doctrine incontestée! Qu'il motive ses décisions avec des principes et avec des raisonnements!

(1) Voy. notamment la Loi du 16-24 août 1790, Titre v, art. 15, et la Loi du 20 avril 1810, art. 7.

Sa tâche, j'en conviens, sera ainsi un peu plus laborieuse; mais aussi sa décision sera bien plus solidement assise, elle commandera bien plus sûrement le respect, et l'intention de la loi sera bien plus fidèlement remplie.

2° La doctrine invoquée dans l'arrêt était-elle véritablement en 1857 une doctrine incontestée? Non : le rédacteur de l'arrêt, en employant ces expressions, n'a pas commis seulement une inexactitude, il a commis une injustice. La doctrine en question avait été combattue par MM. Delamarre et Lepoitvin (deux véritables jurisconsultes!), et combattue de telle manière qu'il ne s'est encore trouvé personne qui ait osé entreprendre de réfuter leur belle démonstration. Je ne puis croire que le travail des deux savants auteurs (l'un, il est vrai, simple professeur dans une Faculté de droit, mais l'autre membre d'une Cour souveraine) fût resté absolument inconnu aux magistrats de la Cour de cassation : pourquoi donc ne pas tenir compte de l'énergique protestation qu'il contient contre la doctrine prétendue incontestée?

3° Supposons que la faculté et même le devoir pour le tribunal criminel de déclarer la faillite à défaut d'un jugement du tribunal de commerce, ne soit pas seulement une doctrine incontestée, supposons que ce soit un axiome juridique : s'ensuivra t-il nécessairement, comme le dit l'arrêt de 1857, que le tribunal criminel se trouve investi du droit de déclarer que le prévenu est failli lorsque le tribunal de commerce a déclaré positivement qu'il ne l'est pas? Evidemment la deuxième proposition n'est pas la conséquence forcée de la première : de ce qu'on peut suppléer à ce qui n'existe pas, personne n'osera logiquement conclure qu'on peut méconnaître, qu'on peut supprimer ce qui existe (1). Je conviens, du reste, que le principe de l'indé-

(1) Ainsi, la Cour de cassation eût-elle démontré de la façon la plus péremptoire que, là où la juridiction commerciale n'a point encore été saisie de la question de faillite, la juridiction criminelle peut et doit la trancher, la Cour ne serait point par là même absolument dispensée de prouver que, là où la juridiction commerciale a prononcé, la juridiction criminelle peut

pendance de la juridiction criminelle, entendu ainsi que l'entend la Cour de cassation, conduit naturellement à décider que la juridiction criminelle, pour condamner un homme comme banqueroutier, peut reconnaître qu'il est commerçant failli, non-seulement quand la juridiction commerciale n'a pas statué sur ce point, mais même quand elle a positivement déclaré qu'il n'est pas commerçant failli. Je me borne à constater 1° que ce prétendu principe de l'indépendance de la juridiction criminelle n'est écrit nulle part dans la loi, 2° que les deux solutions auxquelles il conduit la Cour suprême ne dérivent point forcément l'une de l'autre.

En somme, la loi commerciale donne au tribunal de commerce et à lui seul la mission de déclarer la faillite. Je crois avoir réfuté les arguments, les considérations, que l'on a imaginés pour prétendre que cette mission peut quelquefois appartenir aux tribunaux criminels. J'arrive donc à cette conséquence que, pour qu'un homme soit légalement poursuivi ou condamné comme banqueroutier, il est absolument indispensable que sa faillite ait déjà été déclarée par le tribunal de commerce (1).

tenir sa sentence pour non avenue. Le jurisconsulte est ici en présence de deux difficultés, et la solution qu'il donne à la première n'implique pas nécessairement la solution qu'il devra donner à la deuxième.

(1) MM. Delamarre et Lepoitvin citent un arrêt de la Cour d'assises de Liége, qui s'est prononcé en ce sens, le 28 janvier 1828.

Dans l'espèce de cet arrêt, un nommé Briers avait été déclaré en faillite par le tribunal de commerce; mais, sur l'appel, la Cour de Liége avait infirmé le jugement. En cet état, une accusation de banqueroute frauduleuse était portée contre Briers. Voici ce que je lis dans l'arrêt de la Cour d'assises : « Les tribunaux de commerce, en 1re instance, et les Cours su-« périeures, en instance d'appel, sont spécialement et exclusivement inves-« tis du pouvoir de déclarer l'existence ou la non-existence de l'état de « faillite d'un commerçant... L'arrêt, par lequel il a été souverainement « jugé que Briers n'est pas en état de faillite, doit obtenir tous ses effets, « même envers le ministère public, et il en résulte que l'action de celui-ci, « tendant à faire déclarer le même Briers en état de banqueroute fraudu-« leuse, n'est pas recevable. » Dans ces *considérants*, on le voit, la Cour

CHAPITRE Ier.

DE LA BANQUEROUTE SIMPLE.

En ce qui concerne spécialement la banqueroute simple, j'examinerai successivement les quatre questions suivantes :

1° Quelles sont les circonstances dans lesquelles les tribunaux doivent ou peuvent condamner le prévenu comme coupable du délit de banqueroute simple?

2° Quelles sont les peines infligées par la loi au délit de banqueroute simple?

3° Qui peut poursuivre le délit de banqueroute simple, et quelle est la procédure à observer en cette matière?

4° Par qui doivent être supportés les frais de la poursuite en banqueroute simple?

§ Ier. Des cas ou il y a banqueroute simple.

Ces cas sont rangés par la loi sous deux catégories distinctes. Déjà dans le Code de 1808 nous trouvons : 1° certains cas où le commerçant failli *sera poursuivi* comme banqueroutier simple et pourra être déclaré tel, 2° d'autres cas où le commerçant failli *pourra être poursuivi* comme banqueroutier simple et déclaré tel. Aujourd'hui, d'après la loi de 1838, on distingue : 1° des cas où le commerçant failli *sera déclaré* banqueroutier simple, 2° des cas où il *pourra être déclaré* banqueroutier sim-

d'assises de Liége reconnaît qu'il n'appartient jamais à la juridiction criminelle de déclarer l'existence de la faillite, ni dans le cas où la juridiction commerciale n'a pas encore statué à cet égard, ni, à plus forte raison, dans le cas où elle a jugé qu'il n'y avait pas faillite.

ple. Ainsi, d'après le Code de 1808, la distinction portait sur la *poursuite :* tantôt le failli devait être poursuivi, tantôt il pouvait l'être. Aujourd'hui, la distinction porte sur la décision à rendre par le juge : tantôt le failli doit être condamné comme banqueroutier simple, tantôt il peut l'être. Je ne crois pas, du reste, que, lorsqu'il s'agit des cas de la deuxième classe, le législateur de 1838 ait entendu enlever au ministère public tout pouvoir d'appréciation et lui imposer d'une manière absolue l'obligation de poursuivre, sauf seulement la faculté pour le tribunal de ne pas condamner. Fût-il parfaitement constant que le failli se trouve dans un des cas de la deuxième classe, le ministère public peut, comme le législateur lui-même, tenir le failli pour innocent du délit de banqueroute : ce délit, en effet, suppose un certain élément intentionnel et non pas seulement un élément matériel, et alors le ministère public ne saurait être tenu de poursuivre contrairement à sa conscience quand il estime que l'élément intentionnel fait défaut (1). Ainsi entendue, la loi nouvelle est très-sage, et l'on a peine à comprendre que la première et la deuxième Commission de la Chambre des pairs aient insisté pour le maintien de la rédaction du Code de 1808 (2).

Etudions maintenant en détail les cas de la première classe et les cas de la deuxième.

Les cas de la première classe sont au nombre de quatre, ainsi qu'il résulte du texte précis de l'art. 585 : « Sera déclaré ban-« queroutier simple, dit cet article, tout commerçant failli qui « se trouvera dans un des cas suivants : 1° si ses dépenses per-

(1) Même en ce qui concerne les cas de la première classe, le ministère public (et, à plus forte raison, le tribunal) a nécessairement un certain pouvoir discrétionnaire. Ainsi, le failli doit être déclaré banqueroutier simple *si ses dépenses personnelles sont jugées excessives :* il arrivera souvent que des créanciers trouveront excessives des dépenses que le ministère public ne jugera pas telles, et alors le ministère public ne poursuivra pas; il peut arriver aussi que, le ministère public ayant jugé les dépenses excessives, le tribunal soit d'un autre avis.

(2) Comp. M. Renouard, t. II, p. 438 et suiv.

« sonnelles ou les dépenses de sa maison sont jugées excessives ;
« — 2° s'il a consommé de fortes sommes, soit à des opérations
« de pur hasard, soit à des opérations fictives de bourse ou sur
« marchandises ; — 3° si, dans l'intention de retarder sa fail-
« lite, il a fait des achats pour revendre au-dessous du cours ;
« si, dans la même intention, il s'est livré à des emprunts, cir-
« culation d'effets, ou autres moyens ruineux de se procurer
« des fonds ; — 4° si, après cessation de ses paiements, il a payé
« un créancier au préjudice de la masse. »

1er *cas*. — Il était également prévu par le Code de 1808 ; seulement, la rédaction n'était pas tout à fait la même. L'ancien art. 586 disait : « Si les dépenses de sa maison, qu'il est tenu
« d'inscrire mois par mois sur son livre-journal (1), sont jugées
« excessives. » La pensée du législateur n'était certainement pas que le failli devrait être déclaré banqueroutier simple par cela seul qu'il aurait manqué à l'obligation d'inscrire mois par mois sur son journal les dépenses de sa maison. Comme le dit très-bien M. Renouard dans son rapport à la Chambre des députés, « toute énonciation superflue ou purement commina-
« toire devant être écartée d'une loi pénale, » on comprend que le législateur de 1838 ait fait disparaître la mention de cette obligation. — D'un autre côté, il y a certaines dépenses qui sont personnelles au failli, qui ne sont pas des dépenses de sa maison, comme seraient par exemple des dépenses de café, des voyages d'agrément, etc. : ces dépenses, en cas d'excès, sont évidemment coupables, et c'est avec raison que le nouvel art. 585 les indique comme constituant un cas de banqueroute simple.

Pour qu'il y ait lieu à déclaration de banqueroute simple, les dépenses jugées excessives doivent avoir été réellement faites. Si le failli prétendait que telles sommes ont servi à ses dépenses personnelles ou aux dépenses de sa maison, et qu'il fût démontré que partie desdites sommes a été par lui placée dans l'espoir de la soustraire à ses créanciers, nous tomberions dans un cas de

(1) Voy. l'art. 8.

banqueroute frauduleuse : le failli aurait véritablement détourné ou dissimulé une partie de son actif (voy. l'art. 591).

La loi n'a pas voulu poser une règle fixe, indiquer elle-même au juge ce que devraient être les dépenses pour mériter l'épithète d'excessives. Comme je l'ai déjà dit, elle a laissé ici aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire; et, quelle que soit leur décision sur ce point, elle échappera toujours à la censure de la Cour de cassation. Dans les *considérants* d'un jugement du tribunal correctionnel de Montpellier, confirmé en appel le 14 août 1837, je trouve l'appréciation suivante, qui semblera peut-être bien rigoureuse : « Les dépenses de la maison de B. se sont élevées à 9,523 fr., et même à 10,723 fr., chiffre de dépenses que le tribunal doit déclarer excessif. Tous les témoins ont déclaré que, dans le genre de commerce fait par B. et dans les maisons les plus riches et les plus florissantes, le compte des levées ne s'élevait jamais au-delà de 2,000 à 2,400 fr. par an. Une dépense de 6,000 fr. par an serait déjà excessive, soit que l'on considère la mise de fonds de chaque associé, qui n'était que de 5,000 fr., de sorte que la première année cette mise était déjà absorbée et au-delà par les dépenses particulières, — soit que l'on compare le chiffre de la dépense avec la position sociale, le genre d'industrie, le nombre et la profession des personnes composant la maison B. » (1).

2e *cas*. — Ici encore on a modifié en 1838 la rédaction du Code de commerce. Le Code s'exprimait ainsi : « S'il est re- « connu qu'il a consommé de fortes sommes au jeu ou à des « opérations de pur hasard. » Pourquoi le législateur de 1838 ne s'est-il pas borné à reproduire cette disposition? Voici le motif qu'en donne M. Renouard, dans son rapport : « On pourrait « s'en tenir à la dénomination générale d'*opérations de pur*

(1) Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 1404. Dans l'espèce, le sieur B. avait d'abord été poursuivi en banqueroute frauduleuse pour avoir *présenté dans ses comptes des dépenses simulées;* déclaré non coupable par le jury, il était poursuivi en police correctionnelle comme *ayant fait dans la maison des dépenses excessives.*

« *hasard*, et n'énoncer aucun des cas particuliers qu'elle ren-
« ferme, tels que les jeux funestes et immoraux de la bourse,
« et l'agiotage, non moins répréhensible, qui joue sur les mar-
« chandises. Mais on a pensé, avec raison, qu'il convient à la
« morale publique que la loi sur les banqueroutes imprime à
« ces opérations une flétrissure de plus, en les rappelant par
« une mention expresse. — Quant aux pertes de jeu, que pré-
« voyait le Code, elles rentrent dans les dépenses personnelles. »

Dans ce 2e cas, comme dans le 1er, le juge a une appréciation à faire. D'abord il appréciera, en fait, d'après les circonstances, si l'on peut dire que le failli a consommé *de fortes sommes*. Il appréciera, de plus, et ceci peut souvent donner lieu à difficulté, si elles ont été réellement consommées à des *opérations de pur hasard*, à des *opérations fictives*. Les opérations de bourse, comme les opérations sur marchandises, peuvent très-bien être sérieuses, ne point constituer un jeu ou un pari : alors, eussent-elles été, en définitive, désastreuses pour le failli qui s'y est livré, ce ne serait pas un motif pour le déclarer banqueroutier simple. Il n'y a qu'à supposer qu'un commerçant est porteur de titres de rentes sur l'Etat, d'actions de chemins de fer, etc., et qu'il a besoin d'argent : il vend ces valeurs au comptant, et, huit jours après, il se trouve que, par l'effet d'une circonstance imprévue, elles ont monté de 10 p. 100 : évidemment notre art. 585 n'est point applicable.

Mais, du reste, pour reconnaître si telle opération de bourse constitue ou non une opération de pur hasard, une opération fictive, le juge ne devra certainement pas se guider par l'art. 422 du Code pénal, qui est ainsi conçu : « Sera réputée pari toute
« convention de vendre ou de livrer des effets publics qui ne
« seront pas prouvés par le vendeur avoir existé à sa disposi-
« tion au temps de la convention ou avoir dû s'y trouver au
« temps de la livraison » (1). Dans bien des cas où cet art. 422

(1) Aujourd'hui la jurisprudence paraît admettre l'abrogation de la disposition plus rigoureuse de l'arrêt du Conseil, du 7 août 1785, qui prohi-

ne serait pas applicable, il y aurait lieu néanmoins à l'application du nouvel art. 585 du Code de commerce (1). Par exemple, le commerçant aujourd'hui failli avait acheté, le 10 septembre, et au cours de ce jour, 5,000 fr. de rente 3 p. 100, à livrer fin courant, et, à l'époque de la livraison, la rente 3 p. 100 a baissé de 10 fr. sur le cours du 10 septembre : par suite de cette opération, le commerçant se trouve donc avoir fait une perte assez importante : il n'est pas dans le cas de l'art. 422 du Code pénal; mais, comme il a fait une opération de pur hasard, il est dans le cas d'être déclaré banqueroutier simple. De même, ce qu'en termes de bourse on appelle *l'achat à prime*, ce qu'on appelle *le report*, cela ne peut guère tomber sous l'application de l'art. 422 du Code pénal; mais cela peut très-bien constituer l'opération de pur hasard, l'opération fictive, que prévoit notre art. 585 (2).

bait *les marchés et compromis d'effets royaux, et autres quelconques, qui se feraient à terme et sans livraison desdits effets, ou sans le dépôt réel d'iceux, constaté par un acte dûment contrôlé au moment de la signature de l'engagement*. Voy. l'arrêt de la Cour de cassation, du 19 janvier 1860 (Dev.-Car., 60, 1, 481); comp. M. Bédarride, *Des bourses de commerce*, n° 94.

(1) Les deux articles n'ont point le même but. L'art. 422 du Code pénal a pour but de réprimer un agiotage qui amènerait la baisse des effets publics; l'art. 585 du Code de commerce a pour but de punir le commerçant qui a compromis dans des opérations purement aléatoires le gage de ses créanciers.

Du reste, même en ce qui concerne l'application de la loi pénale, l'art. 422 n'est nullement limitatif : comme le dit un arrêt de la Cour de cassation, du 9 mai 1857, « l'art. 421 du Code pénal embrasse sous le mot « *paris* tout ce qui est jeu touchant les effets publics; l'art. 422 n'est pas « venu restreindre la portée de la disposition qui le précède; statuant par « voie d'assimilation, il signale, parmi les cas que comprend la règle gé- « nérale, un cas spécial dans lequel le caractère du pari et du jeu se révèle « d'une manière irrécusable, celui où le vendeur d'effets publics ne peut « prouver avoir été en possession des titres ni au temps de la convention « ni au temps de la livraison » (Dev.-Car., 57, 1, 545).

(2) Exemple de *marché à prime* : J'achète, aujourd'hui 10 septembre, au prix de 1,000 fr. chacune, 50 actions, livrables fin courant, *dont 10 fr.* Cela veut dire que, si à la fin du mois ces actions ont baissé, de telle sorte que l'exécution du marché me constituerait en perte, je pourrai le résilier en abandonnant au vendeur autant de fois 10 francs que j'avais acheté

Ce qui vient d'être décidé relativement aux opérations de bourse s'applique également en ce qui concerne les opérations sur marchandises. Ici nous ne trouvons dans la loi aucune disposition semblable à celle de l'art. 422 du Code pénal. Pour savoir si le failli est ou non dans le cas de notre art. 585, le juge doit toujours rechercher si l'opération était sérieuse, si par exemple le commerçant en achetant telles marchandises avait de bonnes raisons pour croire qu'il les revendrait avec bénéfice, ou si, au contraire, l'opération était soit *de pur hasard*, parce qu'on n'avait aucune donnée précise sur le prix auquel on pourrait revendre, soit *fictive*, parce que l'opération, sous l'apparence d'une vente à terme, devait aboutir purement et simplement à la nécessité pour l'une des parties de payer une différence (1).

d'actions. En l'absence de la faculté de résiliation, qu'expriment ces mots bizarres *dont 10 fr.*, on dirait qu'il y a *marché ferme*. On voit que dans le *marché à prime* la perte à laquelle l'acheteur s'expose est limitée d'avance, tandis que dans le *marché ferme* elle est illimitée.

Exemple de *report :* J'ai acheté 50 actions, livrables fin courant ; à la fin du mois, je ne puis ou ne veux réaliser l'achat en payant mon prix. Alors je revends au comptant mes actions à une tierce-personne, qui emploie son prix à désintéresser mon vendeur ; puis je lui rachète à terme les mêmes actions. Cette tierce-personne, qui achète au comptant et revend à terme, est, en réalité, un prêteur sur nantissement ; son bénéfice consiste en ce que naturellement le prix qu'elle paie pour l'achat fait au comptant est inférieur au prix qu'elle stipule en revendant à terme. La jurisprudence ne voit dans le *report* un jeu de bourse qu'autant qu'il a pour objet de masquer une spéculation sur les différences : « si, dans les opérations de bourse, « le report se produit souvent comme un moyen efficace et légitime d'em- « ployer utilement un capital ou des valeurs commerciales, il est vrai de « dire aussi qu'il peut devenir l'instrument actif de jeux de bourse prohi- « bés : permettant de reculer sans cesse pour le *reporté* la réalisation, il « favorise évidemment le spéculateur hasardeux, et apparaît le plus or- « dinairement comme le premier indice d'une solvabilité équivoque ; à « l'égard du *reporteur*, s'il prend livraison, il en annule immédiatement « l'effet par une revente à terme concomitante et qui maintient le « *reporté* dans la situation qu'il s'était faite ; ainsi le report a pu im- « primer plus fortement, bien loin qu'il l'ait effacé, le caractère de jeux « prohibés aux opérations des prévenus » (arrêt, déjà cité, du 9 mai 1857).

(1) M. Bédarride rapporte (t. III, n° 1215) qu'il a eu à s'occuper d'une affaire de faillite dans laquelle un négociant était resté débiteur, envers

En somme, MM. Aubry et Rau me paraissent donner une idée très-exacte de ce que notre art. 585 appelle *des opérations fictives de bourse ou sur marchandises*, quand ils disent : « Les « marchés à terme d'effets publics ou de marchandises sont à « considérer comme des conventions de jeu ou de pari lorsque, « d'après l'intention commune des parties, ils ne doivent pas « être suivis de livraison effective, mais se résoudre en un sim- « ple paiement de différence sur la hausse ou la baisse du cours « de ces objets » (1).

3e *cas*. — Ici le législateur de 1838 a modifié, d'une manière considérable, la règle posée dans le Code de 1808. L'ancien texte était ainsi conçu : « S'il résulte de son dernier inventaire « que, son actif étant de 50 p. 100 au-dessous de son passif, il a « fait des emprunts considérables, et s'il a revendu des mar- « chandises à perte ou au-dessous du cours. » Cette rédaction n'exprimait pas clairement la pensée du législateur. En effet, quand le failli a fait des emprunts considérables, je vois bien que cela ne constitue un cas de banqueroute simple qu'autant qu'il résultait de son dernier inventaire que son actif était de 50 p. 100 au-dessous de son passif. Mais, quand il a revendu des marchandises à perte ou au-dessous du cours, cette circonstance toute seule suffit-elle pour le faire déclarer banqueroutier, ou bien, au contraire, faut-il encore qu'elle soit accompagnée de cette autre circonstance, que, d'après son dernier inventaire, le chiffre de son passif était double du chiffre de son actif? La première interprétation était certainement plus conforme au texte; mais la deuxième me paraît seule avoir été d'accord avec l'intention du législateur (2).

Indépendamment du vice de la rédaction, l'ancien texte conduisait à un résultat bizarre : quand le failli présentait son in-

une seule maison, de 800,000 fr., pour différences sur les huiles et savons.

(1) T. III, § 386, p. 416.

(2) C'est aussi en ce sens que l'entendent MM. Renouard (t. II, p. 441; et Bédarride (t. III, no 1216).

ventaire, constatant un actif de 50 p. 100 au-dessous du passif, s'il avait fait des emprunts considérables, il *devait* être poursuivi comme banqueroutier simple, — tandis que, lorsqu'il ne présentait pas d'inventaire (voy. l'ancien art. 587), toujours en supposant des emprunts considérables, il *pouvait* être poursuivi.

Enfin, comme le remarque très-bien M. Renouard (1), une limite fixe est trompeuse. Qu'un négociant contracte un emprunt considérable, qu'il revende des marchandises à perte et même au-dessous du cours : ce sont là des opérations qu'il n'est pas juste de toujours incriminer dès que le passif s'élève au double de l'actif, de toujours absoudre dans le cas contraire. La criminalité dépend d'autres circonstances dont il convient de laisser au juge l'appréciation.

A ces différents points de vue, on a bien fait de corriger la disposition du Code de 1808. Aujourd'hui la loi ne pose plus une règle absolue, ne fixe plus une limite invariable. Elle indique au juge deux questions qu'il devra résoudre; mais, pour les résoudre, en général, il n'est enchaîné par aucun texte, il prononcera suivant les circonstances et conformément aux inspirations de sa conscience. Voici ces deux questions : 1° Le failli a-t-il employé des moyens ruineux de se procurer des fonds? 2° Les a-t-il employés dans l'intention de retarder sa faillite? Dès que le juge a répondu affirmativement à ces deux questions, il décide par là même que le failli s'est rendu coupable du délit de banqueroute simple.

Je dis qu'en général, pour résoudre les deux questions qu'indique le législateur, le juge n'est enchaîné par aucun texte. Cela est absolument vrai en ce qui concerne la question d'intention; nulle part le législateur n'a dit : *Par cela seul qu'à telle ou telle époque, dans telle ou telle circonstance, le failli aura fait tel ou tel acte, il sera présumé l'avoir fait dans l'intention de retarder sa faillite.* Le juge, à cet égard, conserve donc toute sa

(1) T. II, p. 441.

liberté d'appréciation. Mais, en ce qui concerne l'autre question, celle de savoir si le failli a employé des moyens ruineux de se procurer des fonds, une exception doit être apportée à la règle générale que j'ai posée, et, du reste, cette exception est fondée sur la nature des choses. Etant prouvé que le failli a fait un achat, au cours du jour ou au-dessus du cours, pour revendre de suite au comptant et au-dessous du cours, évidemment le juge n'a pas à rechercher s'il a employé un moyen ruineux de se procurer des fonds : répondre négativement, ce serait aller contre l'évidence. Du reste, ce cas une fois écarté, la règle générale reprend son empire, et nous ne devons voir dans les autres cas mentionnés par le législateur que des exemples d'actes qui habituellement constituent des moyens ruineux de se procurer des fonds. Ainsi, le failli s'est livré à des *emprunts* : il est clair qu'on ne peut pas dire d'une manière absolue que l'emprunt soit un moyen ruineux de se procurer des fonds, et, par conséquent, il y aura une certaine appréciation de circonstances que devra faire le juge. Même observation quant à la *circulation d'effets*, dont parle également la loi. Si le commerçant tire ou endosse une lettre de change, et qu'en raison du peu de crédit qu'il a conservé il la négocie bien au-dessous de sa valeur nominale, le juge pourra parfaitement voir là un moyen ruineux de se procurer des fonds ; dans bien des cas, au contraire, la négociation d'un effet de commerce serait un acte de très-bonne administration (1).

(1) Je reproduis ici *in extenso* un arrêt rendu par la Cour de Rennes, le 17 janvier 1849, sous la présidence de M. Delamarre ; je le reproduis, parce qu'il contient une application très-juste de notre art. 585-3° :

« La Cour,

« Considérant que le jugement du tribunal de commerce de Saint-Malo, « du 16 juin 1847, contre lequel il n'y a eu ni opposition ni appel, a donné « pour constant que les prévenus ont payé plusieurs de leurs obligations « par des renouvellements, c'est-à-dire ont remplacé par d'autres obligations des obligations non payées ; que, dans sa déclaration du 3 août de « la même année..., le syndic s'exprime en ces termes : *La maison K. et « Cie tirait souvent sur des banquiers de Paris chez lesquels elle n'avait pas « provision, et les effets étaient retournés avec protêt et frais ; ces effets pro-*

Que décider si le commerçant aujourd'hui en faillite a vendu à perte ou même au-dessous du cours des marchandises qu'il avait achetées pour les revendre avec bénéfice? La loi nouvelle n'a point mentionné ce cas; comme je l'ai déjà dit, le juge, conformément à notre règle générale, statuera ici d'après les circonstances : il n'est pas impossible que la vente dont il s'agit soit un acte de très-bonne administration, si par exemple les marchandises allaient se détériorer. Nous voyons que la première et la seconde rédaction du Code de 1808 n'attachaient la présomption de banqueroute au fait de la vente à vil prix qu'autant que les marchandises avaient été achetées pour être ainsi revendues à vil prix; cela fut changé dans la rédaction définitive, parce que, dit-on, la nécessité de prouver qu'en achetant on avait déjà l'intention de revendre à vil prix sauverait trop de coupables (1). Avec le système de la loi actuelle, cet inconvénient n'existe réellement pas, puisque le juge a toujours un pouvoir discrétionnaire quand il n'est pas prouvé que l'intention mauvaise existait déjà lors de l'achat.

L'ancien art. 586, dans son n° 4, prévoyait spécialement, comme un cas distinct où le commerçant failli devait être poursuivi en banqueroute simple, le cas où il avait *donné des signatures de crédit ou de circulation, pour une somme triple de son*

« *testés se payaient, la plupart du temps, au moyen de traites du même* « *genre ou en des valeurs de complaisance*; — Considérant que les débats « ont pleinement confirmé cette déclaration de l'ex-syndic et le fait con- « forme énoncé dans le jugement susmentionné...; — Considérant que « ces renouvellements perpétuels d'effets protestés, au moyen d'autres « effets qui fort souvent l'étaient aussi, constituent un de ces moyens rui- « neux, que la loi prohibe, de se procurer des fonds, et prouvent par « eux-mêmes dans quelle intention répréhensible les faillis avaient recours « à cet expédient;

« Déclare B. et K. coupables de s'être livrés à des circulations d'effets, « dans l'intention de retarder leur faillite, et d'avoir ainsi commis le délit « de banqueroute simple prévu par l'art. 585 n° 3 du Code de com- « merce... » (Dev.-Car., 52, 2, 301).

(1) Voy. Locré, *Esprit du Code de commerce*, sur l'art. 586, n° 10 (t. III, p. 705).

actif, selon son dernier inventaire (1). Ici encore le législateur ne s'en était pas rapporté à l'appréciation du juge : il avait établi une présomption inflexible, en ce sens que le commerçant pouvait impunément donner des signatures de crédit ou de circulation, tant que le passif en résultant ne représentait pas le triple de son actif. Aujourd'hui il faut purement et simplement appliquer la règle générale posée dans le n° 3 de l'art. 585 : ainsi que nous l'avons vu, ce n° 3 cite, comme exemple de moyens ruineux employés pour se procurer des fonds, la *circulation d'effets*.

4e *cas*. — Nous avons ici un cas de banqueroute simple qui n'existait pas dans le Code de 1808, qui a été établi par la loi nouvelle. Il paraît que, sous l'empire du Code, l'impunité dont jouissait le failli à cet égard avait donné lieu à de véritables scandales : on voyait un commerçant, déjà hors d'état de faire face à ses échéances, distribuer lui-même tout l'actif qui pouvait lui rester à certains de ses créanciers, de manière à ne laisser absolument rien aux autres. C'est un des vices du système du Code de 1808 sur lesquels l'attention du législateur devait être plus particulièrement éveillée (2).

Le paiement que le failli a fait à l'un de ses créanciers au préjudice de la masse ne constitue un cas de banqueroute simple qu'autant que ce paiement est postérieur à la cessation des paiements, dont l'époque a été fixée par le tribunal de commerce ou en appel par la Cour impériale (3). A ce point de vue,

(1) La Cour d'appel d'Amiens avait proposé d'ajouter : « s'il a signé, « endossé ou fait circuler plusieurs de ces billets appelés *billets de plaisir*. » Les *billets de plaisir* ou *billets de complaisance* n'avaient pas, en définitive, été mentionnés d'une manière spéciale par le Code de 1808. Aujourd'hui, comme nous le verrons bientôt, toutes *signatures de complaisance* qu'a pu donner le failli tombent sous l'application du nouvel art. 586 n° 1.

(2) Le n° 4 de l'art. 585 n'existait cependant pas dans le projet présenté par le Gouvernement en 1834. Ce n° 4 a été ajouté sur la proposition de la première Commission de la Chambre des députés.

(3) Voy. les art. 441 et 582. — Dans le système de la jurisprudence que j'ai combattu (voy., ci-dessus, p. 3 et suiv.), il faudrait dire : 1° qu'un commerçant dont la faillite n'a point été déclarée peut être condamné

le cas réglé par le n° 4 de l'art. 585 se distingue profondément des cas prévus dans les trois autres n°s du même article. En effet, lorsque les dépenses personnelles du commerçant aujourd'hui failli ou les dépenses de sa maison ont été excessives, lorsqu'il a consommé de fortes sommes au jeu ou dans des opérations de pur hasard, lorsque dans l'intention de retarder sa faillite il a employé des moyens ruineux de se procurer des fonds, dans tous ces cas les faits qu'on lui reproche peuvent s'être accomplis plus ou moins longtemps avant qu'il ne fût réellement en état de cessation de paiements, c'est-à-dire avant l'époque fixée par le tribunal conformément à l'art. 441. Ces faits sont constitutifs du délit de banqueroute simple précisément parce qu'ils se rattachent à la cessation de paiements comme la cause se rattache à l'effet : il était donc impossible d'exiger qu'ils fussent postérieurs à la cessation de paiements. Du reste, la loi ne distinguant pas, il faut dire sans difficulté que les mêmes faits, accomplis depuis la cessation de paiements constitueraient encore le délit de banqueroute simple : si dans cette hypothèse ils n'ont pas amené la faillite, ils n'en sont pas moins répréhensibles, en raison du préjudice qu'ils ont occasionné à la masse. — Le fait prévu par le n° 4 de l'art. 585 est d'une tout autre nature : pour constituer le délit de banqueroute simple, il faut essentiellement qu'il se soit produit depuis la cessation des paiements. Et cela devait être ainsi : tant qu'un commerçant est en état de faire face généralement à toutes ses échéances, il peut et doit payer ses créanciers à mesure qu'ils se présentent : il serait absurde qu'on le punît pour avoir payé une dette exigible. C'est seulement à dater du jour où il devient certain qu'il ne lui

comme banqueroutier simple par le tribunal correctionnel, pour avoir payé un de ses créanciers à une époque où ce même tribunal décide qu'il avait déjà cessé ses paiements; 2° qu'un commerçant dont la faillite a été régulièrement déclarée peut être condamné comme banqueroutier simple, pour avoir payé un de ses créanciers depuis l'époque fixée par le tribunal correctionnel, quoiqu'avant l'époque fixée par le tribunal de commerce, comme étant l'époque de la cessation de ses paiements.

sera pas possible de payer tous les créanciers qui vont se présenter, c'est seulement à dater de ce jour qu'il est en faute s'il paie certains d'entre eux, au lieu d'aller faire au greffe du tribunal de commerce la déclaration prescrite par l'art. 438.

Pour que le paiement fait par le failli après cessation de ses paiements constitue un cas de banqueroute simple, il faut et il suffit que ce paiement ait été fait *au préjudice de la masse*. En conséquence, d'une part, si le failli avait payé, après cessation de ses paiements, un créancier hypothécaire ou privilégié qui sur l'objet affecté pouvait être désintéressé intégralement, il n'aurait pas encouru la peine de la banqueroute simple : car du paiement ainsi fait il ne résulte aucun préjudice pour la masse. D'autre part, pour que le failli qui a payé un créancier après cessation de ses paiements soit dans le cas d'être condamné comme banqueroutier simple, la loi n'exige nullement qu'on prouve contre lui que son intention était de favoriser un créancier aux dépens des autres : les juges n'ont point à s'inquiéter du motif plus ou moins répréhensible qui a pu le porter à faire le paiement dont il s'agit. La Cour suprême s'est prononcée en ce sens, le 30 juillet 1841, par un arrêt de cassation (1).

Un point sur lequel je crois utile d'insister d'une manière

(1) « La Cour,

« Vu l'art. 585 § 4 du Code de commerce;

« Attendu que le jugement attaqué a reconnu, en fait, que le sieur D. a « désintéressé plusieurs de ses créanciers postérieurement au 6 juin, jour « de la cessation de ses paiements, et que ce jugement n'a refusé d'appli- « quer la loi pénale audit D. que par le motif qu'il n'avait eu d'autre inten- « tion que d'éviter la déclaration de faillite; — Attendu que, dès lors, le « jugement attaqué a implicitement reconnu que ledit D. a payé quelques- « uns de ses créanciers au préjudice de la masse; — Attendu que les dis- « positions de l'art. 585 du Code de commerce sont absolues, et que, dès « qu'il est constaté que le failli a payé un de ses créanciers après la cessa- « tion de ses paiements, et que ce paiement a été fait au préjudice de la « masse, le tribunal n'a pas la faculté de ne pas appliquer la loi pénale; « — D'où il suit que le jugement attaqué, en n'appliquant pas aux faits « reconnus les dispositions de l'art. 585 § 4, a violé ledit article et commis « un excès de pouvoir;

« Casse... » (Dev.-Car., 42, 1, 479).

spéciale, c'est que notre art. 585 ne distingue point si le paiement fait par le failli est annulé ou au contraire est maintenu. Un commerçant a cessé ses paiements ; quelques jours après, il paie, en espèces ou en effets de commerce, une dette échue : le créancier gardera ce qu'il a reçu ou bien il devra le rapporter à la masse, selon qu'il aura été de bonne ou de mauvaise foi, selon qu'il aura ignoré ou connu la cessation de paiements (1). Mais, qu'il garde ou qu'il rapporte ce qu'il a reçu, dans un cas comme dans l'autre le débiteur a commis le délit de banqueroute simple : car il connaissait sa situation, et il est évident que sa culpabilité ne peut pas dépendre de la bonne ou de la mauvaise foi du créancier. Elle ne peut pas dépendre non plus de la solvabilité ou de l'insolvabilité du créancier; et il serait véritablement absurde de dire : « Lorsque le paiement est annulé et que le créancier rapporte effectivement à la masse ce qu'il a reçu, le paiement se trouve n'avoir pas été fait au préjudice de la masse, et alors l'art. 585-4° devient inapplicable. » — Si le failli avait payé un créancier, toujours en espèces ou en effets de commerce et pour dette échue, dans les dix jours qui précèdent l'époque de la cessation des paiements, le créancier ne peut pas être tenu au rapport. Quant au débiteur, il est en faute : car il est bien probable qu'il connaissait sa situation. Mais, comme une disposition pénale ne doit jamais être étendue et que le cas dont il s'agit ne rentre pas dans la disposition de l'art. 585, il serait impossible d'y voir un cas de banqueroute simple. — Enfin, que décider si le failli a payé autrement qu'en espèces ou en effets de commerce ou s'il a payé une dette non échue? En supposant qu'il ait ainsi payé après cessation de ses paiements, on pourra parfaitement lui appliquer l'art. 585 n° 4; on pourrait même, suivant les cas, le déclarer coupable de banqueroute frauduleuse, comme ayant détourné une partie de son actif (voy. l'art. 591). Maintenant, en supposant qu'il ait ainsi payé avant d'être en état de cessation

(1) C'est la disposition formelle de l'art. 447.

de paiements, l'art. 585 est certainement inapplicable; mais il pourrait y avoir lieu d'appliquer l'art. 591.

Nous avons vu les quatre cas dans lesquels la loi dit que le commerçant failli *sera déclaré* banqueroutier simple. Nous passons aux cas dans lesquels, toujours suivant le texte de la loi, le commerçant failli *pourra être déclaré* banqueroutier simple. Ces cas sont au nombre de six (1), ainsi qu'il résulte de l'art. 586, qui est ainsi conçu :

« Pourra être déclaré banqueroutier simple tout commerçant « failli qui se trouvera dans un des cas suivants : 1° s'il a con- « tracté pour le compte d'autrui, sans recevoir des valeurs en « échange, des engagements jugés trop considérables eu égard « à sa situation lorsqu'il les a contractés ; — 2° s'il est de nou- » veau déclaré en faillite, sans avoir satisfait aux obligations « d'un précédent concordat ; — 3° si, étant marié sous le régime « dotal ou séparé de biens, il ne s'est pas conformé aux art. 69 « et 70; — 4° si, dans les trois jours de la cessation de ses paie- « ments, il n'a pas fait au greffe la déclaration exigée par les « art. 438 et 439, ou si cette déclaration ne contient pas les « noms de tous les associés solidaires ; — 5° si, sans empêche- « ment légitime, il ne s'est pas présenté en personne aux syn- « dics dans les cas et dans les délais fixés, ou si, après avoir « obtenu un sauf-conduit, il ne s'est pas représenté à justice ; « — 6° s'il n'a pas tenu de livres et fait exactement inventaire ; si « ses livres ou inventaires sont incomplets ou irrégulièrement « tenus, ou s'ils n'offrent pas sa véritable situation active ou « passive, sans néanmoins qu'il y ait fraude. »

Étudions successivement ces différents cas, comme nous avons fait pour ceux de l'art. 585 :

1er *cas.* — Dans le projet adopté par la Chambre des députés le 28 mars 1835, le cas dont il s'agit était prévu par l'art. 585,

(1) L'ancien art. 587 indiquait seulement quatre cas dans lesquels le failli *pouvait être poursuivi* comme banqueroutier simple.

non par l'art. 586 ; c'était un cas où le failli *devait* être déclaré banqueroutier simple. C'est la Chambre des pairs qui, sur la proposition de M. Girod de l'Ain, en a fait un des cas où la peine de la banqueroute simple *peut* être prononcée (1). Du reste, au fond le changement dont il s'agit n'a pas autant d'importance qu'on pourrait le croire au premier abord. En effet, la disposition fît-elle encore partie de l'art. 585, le tribunal n'en aurait pas moins un pouvoir discrétionnaire très-large, puisque, pour prononcer la peine de la banqueroute simple, il faudrait avant tout qu'il jugeât les engagements du failli trop considérables eu égard à sa situation lorsqu'il les a contractés, c'est-à-dire qu'il se livrât à une appréciation pour laquelle la loi s'en rapporte absolument à lui. On peut même dire que la disposition, ainsi transportée de l'art. 585 dans l'art. 586, se trouve maintenant contenir une sorte de pléonasme : le tribunal peut bien juger que les engagements contractés par le failli n'étaient pas trop considérables, et alors il ne le condamne pas ; mais, une fois qu'il aura jugé au contraire que les engagements étaient trop considérables, il semble qu'il doit nécessairement le condamner, il serait bizarre qu'il ne le condamnât pas.

Voici les principales applications que peut recevoir cet article 586-1° : Un commerçant accepte à découvert, c'est-à-dire sans avoir provision, une lettre de change tirée sur lui, — ou bien il tire une lettre de change pour compte d'autrui, sans que le donneur d'ordre lui ait fourni aucune sûreté pour le cas où lui tireur serait poursuivi, — ou bien il appose sa signature sur un titre comme endosseur ou comme donneur d'aval sans avoir aucune couverture et simplement pour en faciliter la négociation (2).

2e *cas*. — Le Code de 1808 n'avait prévu ni le cas d'annulation ou de résolution du concordat, ni le cas où une nouvelle faillite viendrait à être déclarée avant l'accomplissement des

(1) Séance du 10 mai 1837.
(2) Voy., ci-dessus, p. 36 et 37.

engagements pris par le failli concordataire ; aujourd'hui ces différents cas sont prévus par les art. 518, 520 et suiv. Cela étant rappelé, on aperçoit de suite une hypothèse où la disposition de notre art. 586-2° s'appliquera sans difficulté, et plusieurs autres où le doute au contraire est possible.

Je suppose d'abord que le failli concordataire est en demeure d'exécuter des engagements pris par le concordat et des engagements pris postérieurement; il est de nouveau déclaré en faillite (1) : alors, sans distinguer si préalablement à ce jugement déclaratif il y a eu ou non résolution du concordat, nous nous trouvons littéralement dans le cas prévu par notre article 586-2°, et le tribunal peut prononcer la peine de la banqueroute simple, s'il le juge convenable.

Il y a déjà quelque difficulté si, au moment où la nouvelle faillite est déclarée faute d'exécution des engagements pris depuis le concordat, le failli n'est pas encore en demeure d'exécuter ceux qui résultent du concordat. Le texte suppose que le failli *n'a pas satisfait aux obligations d'un précédent concordat ;* mais peut-on me reprocher de n'avoir pas satisfait à une obligation quand elle n'est pas encore échue? — En somme, je crois que la disposition qui nous occupe est applicable même dans cette hypothèse. Sans doute, au moment où la nouvelle faillite est déclarée, il n'y a pas encore inexécution *imputable au failli* des engagements pris par le concordat; mais il n'en est pas moins vrai qu'en contractant de nouvelles dettes et en ne les payant pas, il a donné lieu à la déclaration de la nouvelle faillite et, par conséquent, il s'est mis hors d'état d'exécuter le concordat.

Maintenant, que décider si le tribunal de commerce a prononcé la résolution du concordat (2), mais qu'il n'y ait pas eu de jugement particulier déclarant une nouvelle faillite? Ici encore je regarde l'art. 586-2° comme applicable. Sans doute, au premier

(1) C'est le cas prévu par l'art. 526 *in fine*.
(2) Conformément au 2e alinéa de l'art. 520.

abord, cette décision peut paraître en contradiction avec le texte, qui suppose que le concordataire *est de nouveau déclaré en faillite.* Mais il faut bien remarquer que le jugement qui prononce la résolution du concordat déclare virtuellement la nouvelle faillite du concordataire : une fois que la résolution du concordat est prononcée, il n'y a presque jamais intérêt à ce que la nouvelle faillite soit déclarée par un jugement spécial. Aussi la loi, dans l'art. 526 *in fine,* prévoyant le cas où une nouvelle faillite vient à être déclarée, suppose-t-elle qu'il n'y a pas eu préalablement résolution du concordat. On peut, d'ailleurs, invoquer avec beaucoup de force, en faveur de la décision que je défends, les paroles prononcées, en 1836, par le garde des sceaux à propos de la disposition qui nous occupe (1) : « Cette « disposition, disait le ministre, est destinée à punir les scanda- « leuses violations par lesquelles on se joue très-fréquemment « de ces sortes de traités » (2).

Enfin, que décider dans l'hypothèse où il y a simplement annulation du concordat? Pas de difficulté si le concordat est annulé par suite de condamnation pour banqueroute frauduleuse : évidemment, en cas pareil, il ne peut pas être question de prononcer la peine de la banqueroute simple. Mais il est possible que le concordat soit annulé pour cause de dol, conformément à l'art. 518, sans que le failli soit condamné comme banqueroutier frauduleux : dirons-nous alors que le tribunal correctionnel pourrait le condamner comme banqueroutier simple ? Cela me paraît inadmissible : ici les termes de l'art. 586-2° nous font complétement défaut. En effet, le failli n'est point coupable d'inexécution des engagements pris par le concordat : ni directement, ni virtuellement il ne les a méconnus. S'il se retrouve en faillite, cela tient exclusivement à des causes antérieures à l'homologation du concordat, étrangères par conséquent à l'exécution des engagements qui en résultent, de sorte que, s'il y a culpabilité de

(1) *Exposé des motifs* à la Chambre des pairs, séance du 26 janvier.
(2) Voy. aussi en ce sens M. Bédarride, t. III, nos 1229 et 1230.

la part du failli, du moins ce n'est certainement pas celle que l'art. 586 permet aux juges de frapper (1).

3e *cas*. — La loi renvoie ici aux art. 69 et 70. Je n'ai pas à parler de l'art. 70, qui contient une disposition purement transitoire. Mais l'art. 69 a une assez grande importance pratique. Dans le Code de 1808, cet art. 69 était ainsi conçu : « Tout « époux séparé de biens ou marié sous le régime dotal, qui em- « brasserait la profession de commerçant postérieurement à son « mariage, sera tenu de faire pareille remise (2), dans le mois « du jour où il aura ouvert son commerce, à peine, en cas de « faillite, d'être puni comme banqueroutier frauduleux. » Ce système a paru trop rigoureux : comme il arrive souvent, l'excès de sévérité du législateur avait amené l'impunité des coupables ; et la loi *sur les faillites*, du 28 mai 1838, a corrigé l'article 69 de la manière suivante : « L'époux, séparé de biens ou « marié sous le régime dotal, qui embrasserait la profession de « commerçant postérieurement à son mariage, sera tenu de « faire pareille remise (3), dans le mois du jour où il aura ou- « vert son commerce ; à défaut de cette remise, il pourra être, « en cas de faillite, condamné comme banqueroutier simple. » Il résulte suffisamment de ce texte que, dans le cas dont il s'agit, le failli n'est pas nécessairement condamné comme banqueroutier simple ; si le même cas est de nouveau mentionné dans l'art. 586, c'est que le législateur a voulu dans ce dernier article donner la liste complète des cas dans lesquels le failli peut être déclaré banqueroutier simple.

L'art. 69 et l'art. 586 parlent d'un failli, marié sous le régime dotal ou *séparé de biens*, de sorte qu'on pourrait croire, au pre-

(1) Voy. aussi M. Bédarride, *loc. cit.*

(2) Remise d'un extrait de son contrat de mariage aux greffes et chambres désignés par l'art. 872 du Code de procédure civile (c'est-à-dire aux greffes des tribunaux civil et de commerce, et aux chambres des avoués et des notaires) pour être exposé au tableau conformément au même article. Voy. les art. 67 et 68 du Code de commerce.

(3) Voy. la note précédente.

mier abord, que la disposition comprend le cas de séparation judiciaire tout comme le cas de séparation contractuelle. Mais on reconnaît promptement que la disposition ne peut s'appliquer qu'au dernier cas. En effet, l'art. 69 suppose que l'époux embrasse la profession de commerçant *postérieurement à son mariage*, et non pas postérieurement au jugement qui prononce la séparation ; de plus, ce qui doit être remis aux greffes et aux chambres désignés par l'art. 872 du Code de procédure, c'est un extrait *du contrat de mariage*, et non pas un extrait du jugement prononçant la séparation. Du reste, on ne peut pas dire qu'il y ait à cet égard lacune dans la loi : car, si l'adoption par contrat de mariage du régime dotal ou du régime de séparation de biens n'est pas portée, en général, à la connaissance du public, il en est tout autrement de la séparation de biens qui résulte d'une décision judiciaire (voy. les art. 872 et 880 du Code de procédure).

Supposons que c'est la femme, mariée sous le régime dotal ou sous le régime de séparation de biens, qui embrasse la profession du commerce quelque temps après son mariage : est-elle soumise, comme le serait certainement le mari, à la disposition des art. 69 et 586 ? Je ne vois aucune bonne raison pour distinguer entre le mari et la femme. L'art. 69 dit *l'époux ;* cette expression, employée seule et non par opposition à *l'épouse*, est synonyme de *la personne mariée*. De plus, les tiers qui traitent avec la femme commerçante peuvent avoir à souffrir du régime dotal ou du régime de séparation de biens tout au moins autant que ceux qui traitent avec le mari commerçant. En effet, s'il y avait communauté, ces tiers auraient pour gage les biens de la femme, les biens de la communauté et les biens du mari (1); ici, au contraire, ils ne pourront jamais s'en prendre qu'aux biens de la femme, et encore à condition que ces biens ne soient pas inaliénables. La femme qui leur laisse croire qu'il y a communauté, en ne faisant pas connaître conformément à l'art. 69 qu'elle est

(1) Voy. les art. 1419 du Code Napoléon, 4 et 5 du Code de commerce.

mariée séparée de biens ou sous le régime dotal, peut donc être considérée comme coupable à leur égard d'une lourde faute.

4e *cas.* — Nous distinguerons ici suivant que la personne qui a cessé ses paiements est un commerçant ordinaire ou bien une société.

Un commerçant, Paul, vient à cesser ses paiements ; il les cesse, par exemple, le 1er septembre : il s'expose à être condamné comme banqueroutier simple s'il n'en fait pas la déclaration au greffe du tribunal de commerce, au plus tard le 3 septembre, ou même si, en faisant cette déclaration, il ne l'accompagne pas de son bilan ou tout au moins de l'indication des motifs qui l'empêchent de déposer son bilan. Le Code de 1808 prévoyait seulement le cas où la cessation de paiements n'avait pas été déclarée au greffe dans les trois jours ; en 1838, on a mis avec raison sur la même ligne le cas où la déclaration au greffe ne serait pas accompagnée du dépôt du bilan ou tout au moins de l'indication des motifs qui ont empêché de le déposer.

Lorsqu'une société de commerce cesse ses paiements, il est certain que la déclaration doit en être faite au greffe et que le bilan doit être déposé, comme quand il s'agit d'un commerçant ordinaire. De plus, quand la société est en nom collectf ou en commandite, il est impossible qu'elle soit en état de cessation de paiements sans que les associés solidaires s'y trouvent par contre-coup : aussi la loi veut-elle qu'en déclarant au greffe que la société a cessé ses paiements on fasse connaître en même temps les noms de tous les associés solidaires. Mais, dans ce cas de faillite d'une société, à qui incombent les obligations imposées par la loi, et quelle en est la sanction ? Pas de difficulté en ce qui concerne la société en nom collectif et la société en commandite : tout associé solidaire est tenu d'aller au greffe faire la déclaration prescrite, et tout associé solidaire pourra être condamné comme banqueroutier simple si la déclaration n'a pas été faite dans les trois jours, ou si elle ne contient pas les noms des différents associés solidaires. Mais en ce qui concerne la société ano-

nyme, le législateur a omis de s'expliquer, et je ne puis que donner mon adhésion sur ce point aux observations suivantes, que M. Bravard présentait en 1835 et qui malheureusement sont restées sans résultat : « Si la société en faillite est anonyme, ni les « simples actionnaires ni les gérants ne sont eux-mêmes pour cela « en état de faillite. Ils ne peuvent même pas y être mis : car « leur qualité d'actionnaires ou de gérants ne les rend pas com- « merçants, et leur responsabilité, toute réelle, est bornée à la « perte de leur mise (1). Dès lors, comment les poursuivrait-on « comme banqueroutiers ? Évidemment, c'est impossible : car, « pour être banqueroutier, il faut d'abord être en faillite ; or, « ils n'y sont pas et ne peuvent pas y être. Par conséquent, « l'obligation imposée à cette société, comme à tout failli, de « faire la déclaration de sa faillite dans les trois jours est dé- « pourvue de sanction; et c'est cependant pour cette espèce de « société, qui embrasse une si grande masse d'affaires, attire « tant de capitaux, affecte tant d'intérêts, qu'il importerait d'ob- « tenir promptement la déclaration de la faillite. Pour cela, il « aurait fallu soumettre à une peine spéciale les gérants de cette « société qui ne feraient pas la déclaration de la cessation de « ses paiements ou qui ne la feraient que tardivement. Il y a « donc, à cet égard, une lacune dans le nouveau projet (2).

5e *cas*. — Il importe ici de bien distinguer le système du Code de 1808 et le système de la loi nouvelle.

D'après le Code de 1808, pouvait être poursuivi comme banqueroutier simple et être déclaré tel celui qui, s'étant absenté, ne s'était pas présenté en personne aux agents et aux syndics dans les délais fixés, et sans empêchement légitime (ancien art. 587); pouvait être poursuivi comme banqueroutier frauduleux et être déclaré tel celui qui, ayant obtenu un sauf-conduit, ne s'était

(1) Cette dernière proposition est parfaitement exacte relativement aux *actionnaires*. Relativement aux *gérants*, sans doute ils ne sont pas en faillite parce que la société cesse ses paiements; mais ils sont responsables *personnellement* s'ils ont commis des fautes dans leur gestion.

(2) *Examen comparatif*, p. 143.

pas représenté à justice (ancien art. 594). Au premier abord, on serait tenté de croire que, relativement au failli qui ne se présente pas en personne aux agents et aux syndics dans les délais fixés, il n'y a pas à distinguer s'il avait ou non obtenu un sauf-conduit : il semble, d'après le texte, que, n'eût-il pas obtenu de sauf-conduit, le principe est qu'il doit se présenter en personne aux agents et aux syndics, faute de quoi il s'expose à être condamné comme banqueroutier simple. Mais cette interprétation rigoureuse n'eût pas été conforme à l'intention du législateur. En effet, l'ancien art. 587 permettait de frapper le failli qui, *sans empêchement légitime*, ne s'était pas présenté en personne; et l'ancien art. 469 admettait formellement le failli qui n'avait pas obtenu de sauf-conduit à comparaître par un fondé de pouvoir. Ainsi, dans ce système, le défaut de sauf-conduit est une cause d'empêchement légitime ; et, de même que le failli qui, n'ayant pas de sauf-conduit, ne se représente pas à la justice, ne pourrait pas pour ce fait être poursuivi et condamné comme banqueroutier frauduleux, de même celui qui, n'ayant pas de sauf-conduit, ne se présente pas en personne aux agents et aux syndics, ne pourrait pas pour ce fait être poursuivi et condamné comme banqueroutier simple (1).

La loi nouvelle a certainement modifié le système du Code, en ce sens qu'aujourd'hui une conséquence identique est attachée au fait de ne pas se présenter aux syndics et au fait de ne pas se représenter à justice : dans un cas comme dans l'autre, le failli

(1) Voici, en effet, comment s'exprime M. Locré, dans son commentaire sur l'ancien art. 468 : « Il fallait prévoir que le failli pourrait quelquefois « être empêché de se présenter. Il pouvait l'être par des événements « comme une maladie, une absence non préméditée et qui n'eût rien de « suspect; il pouvait l'être aussi par le refus d'un sauf-conduit. On devait, « dans ces circonstances, lui permettre de se faire représenter par un « fondé de pouvoir » (*Esprit du Code de commerce*, t. III, p. 240). Voy. aussi l'ancien art. 516. La Cour de Montpellier a consacré cette doctrine, en confirmant, par son arrêt du 14 août 1837, un jugement où il était dit en termes formels « que le failli n'est tenu de se présenter en personne que « dans le cas où il a obtenu un sauf-conduit » (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 1404).

peut être déclaré banqueroutier simple. Maintenant, nous trouvons encore la même difficulté de texte qui existait sous l'empire du Code. Le nouvel art. 586, dans son n° 5, suppose 1° que, sans empêchement légitime, le failli ne s'est pas présenté en personne aux syndics, et 2° que, *après avoir obtenu un sauf-conduit*, il ne s'est pas représenté à justice. Ainsi, d'après le texte même, le failli qui n'a pas obtenu de sauf-conduit ne peut pas être déclaré banqueroutier simple pour ne s'être pas représenté à justice; mais ne peut-il pas être déclaré banqueroutier simple pour ne s'être pas présenté en personne aux syndics dans les cas et dans les délais fixés? Si nous n'avions que la disposition de notre art. 586-5°, je dirais qu'il ne le peut pas : en effet, la loi nouvelle a reproduit ici la rédaction du Code de 1808, et nous savons que, d'après le Code, l'absence de sauf-conduit constituait une cause d'empêchement légitime. Mais ce système a évidemment été modifié par le nouvel art. 475, qui, dans son dernier alinéa, s'exprime ainsi : « Soit qu'il ait ou non obtenu un « sauf-conduit, le failli pourra comparaître par fondé de pou« voirs (1), s'il justifie de causes d'empêchement, reconnues va« lables par le juge-commissaire. » Aujourd'hui nous devons donc dire que même le failli qui n'a pas obtenu de sauf-conduit doit, s'il veut comparaître par fondé de pouvoir, justifier de causes d'empêchement reconnues valables, sans quoi il s'expose à être déclaré banqueroutier simple (2).

On comprend très-bien ce que la loi veut dire quand elle parle d'un failli qui ne s'est pas présenté en personne aux syndics dans les cas et dans les délais fixés. Mais qu'est-ce qu'un

(1) Les syndics l'ont appelé, puis l'ont sommé de comparaître, pour clore et arrêter les livres en sa présence.

(2) Nous devons du moins le dire dans le cas de l'art. 475 : car, dans le cas de l'art. 505, il semble bien résulter du texte que c'est seulement quand il a été dispensé de la mise en dépôt ou quand il a obtenu un sauf-conduit qu'il a besoin pour se faire représenter par un fondé de pouvoir d'invoquer des motifs valables. Il y a là un défaut d'harmonie dans la loi nouvelle : le système du Code, abandonné dans l'art. 475, est reproduit dans l'art. 505.

failli qui *ne s'est pas représenté à la justice?* Cela signifie simplement qu'il s'est caché, qu'il ne s'est pas tenu à la disposition du tribunal.

6e *cas.* — Ici encore la loi nouvelle a modifié le système du Code de 1808. D'après le Code, pouvait être poursuivi comme banqueroutier simple, et être déclaré tel, le failli qui présentait des livres irrégulièrement tenus (sans néanmoins que les irrégularités indiquassent de fraude) ou qui ne les présentait pas tous (ancien art. 587); pouvait être poursuivi comme banqueroutier frauduleux, et être déclaré tel, le failli qui n'avait pas tenu de livres ou dont les livres ne présentaient pas sa véritable situation active et passive (ancien art. 594). Aujourd'hui ces différents cas sont mis sur la même ligne : dans tous (en supposant, bien entendu, qu'il n'y a pas fraude), le failli peut être déclaré banqueroutier simple. — Le législateur a pris la peine de mentionner spécialement l'inventaire qui, aux termes de l'art. 9, doit être fait tous les ans : notre art. 586 suppose que le failli n'a pas fait exactement inventaire, ou que ses inventaires sont incomplets ou irrégulièrement tenus.

Supposons que c'est une société qui est en faillite : que décider s'il n'a pas été tenu de livres et fait exactement inventaire, si les livres et inventaires de la société sont incomplets ou irrégulièrement tenus, etc.? D'abord, lorsqu'il s'agira d'une société anonyme, il est évident que notre art. 586-6° ne pourra recevoir aucune application. Mais lorsqu'il s'agira d'une société en nom collectif ou en commandite, ne pourrait-il pas être appliqué aux associés solidaires, qui sans aucun doute sont coupables de l'absence de livres ou de la mauvaise tenue des livres? Suivant M. Bravard, il n'y a pas possibilité de les déclarer banqueroutiers simples (1); mais M. Bravard part ici d'une idée fausse et certainement repoussée par le législateur de 1838, de l'idée que l'associé solidaire n'est pas nécessairement failli par cela seul que la société est déclarée en faillite.

(1) *Examen comparatif*, p. 146.

La vérité est que le tribunal de commerce, en déclarant la faillite de la société, par là même déclare nécessairement celle de tous les associés en nom (1). Dès lors, nous devons dire, avec M. Renouard : « Les livres de la société sont les livres de l'associé : si leur irrégularité lui est personnellement imputable, le tribunal peut valablement le condamner comme banqueroutier simple » (2).

Evidemment un failli peut se trouver à la fois dans plusieurs des cas prévus par les art. 585 et 586. Traduit en police correctionnelle sous prévention de plusieurs faits distincts dont chacun constitue ou peut constituer le délit de banqueroute simple, il est possible qu'il soit renvoyé relativement à certains faits, condamné relativement à certains autres. Mais le failli, poursuivi comme coupable de l'un des faits énumérés dans nos articles et renvoyé par le tribunal, pourrait-il ensuite être poursuivi de nouveau et condamné pour un autre des faits que signalent les mêmes articles? Cette question, ou du moins une question parfaitement analogue, s'est présentée devant la Cour d'Aix, sous l'empire du Code de 1808. Un commerçant, déclaré failli, avait été traduit en Cour d'assises pour fait de banqueroute frauduleuse ; une question subsidiaire de banqueroute simple, pour tenue irrégulière de livres, ayant été posée au jury (3), le jury répondit négativement tant sur le fait principal que sur le fait subsidiaire, et, en conséquence, l'accusé fut acquitté. Quelque temps après, le ministère public l'assigne par devant le tribunal correctionnel de Marseille, sous prévention de banqueroute simple, pour avoir omis de faire la déclaration exigée par l'ancien art. 440, et pour ne s'être pas présenté à l'agent dans les délais. Vainement le prévenu soutient que l'accusation a été purgée par la déclaration du jury : le tribunal le con-

(1) Voy. les art. 438, 458, et 531.

(2) T. II, p. 448.

(3) Comme le permet implicitement l'art. 365 du Code d'instruction criminelle.

damne pour banqueroute simple. Mais ce jugement fut infirmé en appel, par arrêt du 9 août 1837, motivé comme il suit :

« Attendu que, d'après l'art. 360 du Code d'instruction criminelle, toute personne acquittée légalement ne pourra être « reprise ou accusée à raison du même fait ; — Attendu que, « quoique le délit de banqueroute simple puisse résulter de circonstances diverses et même non connexes par leur nature, « ces circonstances, soit qu'on les prenne isolément, soit qu'on « les prenne cumulativement, ne constituent jamais qu'*un fait* « dans le sens de l'art. 360 du Code d'instruction criminelle, « lequel fait n'est jamais que celui de banqueroute simple ; — « Attendu que, si B. eût été condamné comme banqueroutier « simple par la Cour d'assises, il aurait purgé complétement « la prévention de banqueroute simple, à raison même des « circonstances renvoyées devant le tribunal correctionnel par « l'ordonnance de la chambre du conseil : qu'il faut donc ad- « mettre qu'il a purgé ces circonstances par un acquittement : « car, par cela même qu'il a été acquitté, il a couru la chance « d'être condamné. »

Suivant M. Bédarride (1), cet arrêt est si fortement motivé en droit qu'on ne saurait, après l'avoir lu, adopter une opinion contraire. Quant à moi, je n'hésite pas à dire que les *considérants* qui précèdent ne sont nullement décisifs. La Cour invoque l'art. 360 du Code d'instruction criminelle ; mais elle lui donne un sens qu'il ne peut pas avoir. L'article ne signifie pas que la personne déclarée non coupable, par exemple, du fait de banqueroute simple, ne pourra plus être reprise ni accusée comme ayant commis le délit de banqueroute simple. Il est de toute évidence que l'article n'a pas cette signification. En effet, le jury ou le tribunal correctionnel n'a point répondu à une question ainsi posée : *Un tel est-il coupable du délit de banqueroute simple?* Le jury ou le tribunal a répondu à la question de savoir si un tel est coupable de l'un des faits indiqués dans les

(1) T. III, n° 1234.

art. 585 et 586 du Code de commerce : sa réponse ayant été négative, l'art. 360 s'oppose bien à ce que le même individu soit repris pour le même fait, mais non à ce qu'il soit de nouveau poursuivi pour un autre fait également constitutif du délit de banqueroute simple. Comme le dit très-justement M. Ortolan (1), « Le rapprochement de l'art. 360 avec l'art. 246 du « Code d'instruction criminelle montre que le législateur n'a « pas subtilisé sur ces mots *à raison du même fait...* » — La Cour d'Aix ajoute que, si le failli eût été condamné comme banqueroutier simple sur la première poursuite, il aurait purgé complétement la prévention de banqueroute simple; elle en conclut qu'il l'a purgée également dans le cas d'acquittement, parce que, dit-elle, il a couru la chance d'être condamné. C'est très-mal raisonner. Si, sur la première poursuite, le failli a été condamné comme coupable d'un des faits mentionnés dans nos art. 585 et 586, j'admets bien qu'il ne pourra plus être poursuivi pour un autre fait également prévu par les mêmes articles : condamné pour avoir consommé de fortes sommes à des opérations fictives de bourse, il ne pourra pas être poursuivi de nouveau pour avoir, après cessation de ses paiements, payé un créancier au préjudice de la masse. Mais à quoi cela tient-il? Uniquement à ce que le failli qui se trouve dans plusieurs des cas prévus par les art. 585 et 586 ne peut, pas plus que celui qui se trouve dans un seul de ces cas, être condamné à autre chose qu'à la peine portée par le Code pénal contre le délit de banqueroute simple (2). Donc, quand la première poursuite aboutit à un acquittement, rien ne s'oppose à ce que le failli soit poursuivi pour un autre fait sur lequel les premiers juges n'ont pas statué.

On peut ajouter, avec Merlin (3), que, si, après un premier procès en banqueroute simple, toute action était nécessaire-

(1) *Eléments de droit pénal*, n° 1889.
(2) Voy. l'art. 402 du Code pénal.
(3) Cité par M. Renouard, t. II, p. 436.

ment éteinte, un failli qui se sent coupable se ferait poursuivre par un créancier (1) qui n'alléguerait que des faits insignifiants: l'acquittement qui ne manquerait pas d'intervenir serait ainsi une garantie d'impunité pour des faits plus graves laissés volontairement dans l'ombre et encore inconnus du ministère public.

M. Renouard, qui admet en principe la doctrine de la Cour d'Aix, y apporte une exception telle qu'en réalité son système se confond avec le nôtre. Le failli ayant été renvoyé de la première poursuite, une nouvelle poursuite, dit M. Renouard, sera recevable si elle est fondée sur des faits dont la découverte était impossible antérieurement au jugement qui a déjà été rendu. Evidemment on ne peut pas supposer que, par la négligence du ministère public, des faits qui pouvaient être constatés lors de la première poursuite n'ont pas été portés à la connaissance du tribunal : si certains faits n'ont pas été portés alors à la connaissance du tribunal, c'est naturellement parce que le ministère public n'avait pas encore pu les découvrir.

En matière de banqueroute simple, la loi punit-elle la *tentative* et la *complicité?*

Sans aucun doute, elle ne punit pas la *tentative*. En effet, la banqueroute simple est un délit; or, aux termes de l'art. 3 du Code pénal, pour qu'une tentative de délit soit considérée comme un délit, il faut une disposition spéciale de la loi, et cette disposition spéciale de la loi n'existe point en matière de banqueroute simple.

Il y a un peu plus de difficulté en ce qui concerne la *complicité*. La question s'est présentée dans les circonstances suivantes : Le sieur D., connaissant parfaitement le mauvais état des affaires d'un commerçant, avait, durant plus d'une année, procuré à celui-ci les moyens de retarder sa faillite, en lui pre-

(1) Comme nous le verrons bientôt en expliquant l'art. 584, le tribunal correctionnel peut être saisi sur la poursuite de tout créancier.

nant au comptant, avec un rabais considérable, des marchandises neuves achetées pour être immédiatement revendues au-dessous du cours. Les syndics de la faillite ayant cité le sieur D. devant le tribunal correctionnel, celui-ci le renvoya de la plainte; sur l'appel du ministère public, le jugement fut confirmé par la Cour de Paris; enfin, le ministère public s'étant pourvu en cassation, le pourvoi fut rejeté par arrêt du 10 octobre 1844. Cette décision me paraît exacte, et je reproduis ici les *considérants* de l'arrêt rendu par la Cour suprême :

« Les faits de banqueroute, dit la Cour, ont été prévus et « qualifiés par une législation spéciale. Le Code de commerce « de 1807, en les divisant en deux catégories, le crime de ban- « queroute frauduleuse et le délit de banqueroute simple, et en « spécifiant, en outre, divers cas de complicité se rapportant « exclusivement à la première de ces deux infractions (1), a ren- « voyé au Code pénal pour déterminer les peines qui leur se- « raient applicables. Ce dernier Code, après avoir, par son « art. 402, édicté contre les auteurs des faits principaux de ban- « queroute deux sortes de peines, conformément à la distinc- « tion établie entre eux par la loi de la matière, s'est borné dans « son art. 403, en ce qui concerne les complices, à étendre à « ceux que cette loi avait déclarés tels la peine du crime de « banqueroute frauduleuse; si cet article a rappelé la règle « tracée par l'art. 59 du Code pénal, dans le rapport de cette « règle avec les seuls cas de complicité jusque-là mentionnés par « le Code de commerce, il n'a pu évidemment avoir d'autre ob- « jet que d'en restreindre l'application aux cas auxquels il se « référait. La loi de 1838, qui a confirmé et complété les dis- « positions susénoncées dudit Code, a compris, dans un Chapitre « intitulé *Des crimes et délits commis dans les faillites par d'au- « tres que par les faillis*, tout fait des tiers qui, se rattachant à « la faillite, était, à ce titre, jugé susceptible d'incrimination ;

(1) Voy. l'ancien art. 597. Les deux articles suivants s'occupaient également des complices du banqueroutier frauduleux.

« ces dispositions nouvelles, non plus que celles qui les ont « précédées, n'ont aucun trait à la complicité de banqueroute « simple. Si l'art. 593 révisé a ajouté à l'énumération des cas « de participation des tiers à la faillite ces mots : *Sans préju-* « *dice des autres cas prévus par l'art. 60 du Code pénal,* c'est « après avoir attribué aux faits par lui spécifiés le caractère « criminel et les conséquences pénales de la banqueroute frau- « duleuse. Enfin l'art. 59 du Code pénal a mis en dehors du « principe qu'il consacre les faits *à l'égard desquels la loi en aurait* « *disposé autrement* : en ce qui touche la banqueroute simple, « la dérogation qu'il a prévue ressort virtuellement, tant de « l'ensemble et de la combinaison des textes précités, que de la « nature particulière de ce délit, lequel consiste dans la viola- « tion d'obligations toutes personnelles au failli, dérivant de sa « qualité de commerçant et constituant des garanties légales « attachées à l'exercice de cette profession... » (1).

Comme nous le verrons plus tard, les art. 585 et 586 ne sont pas applicables aux agents de change et aux courtiers. Ces agents intermédiaires sont soumis à une législation spéciale, d'une rigueur exceptionnelle (2).

(1) Dev.-Car., 44, 1, 750. — Voy. aussi en ce sens MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, 4e édition, t. v, n° 1962.

Le premier projet présenté au Conseil d'État en 1807 contenait un article 164, ainsi conçu : « Seront poursuivis, comme complices de banque- « route simple, les créanciers du failli qui, pour lui accorder la signature « du concordat, auront exigé de lui le paiement ou des promesses de payer « des sommes supérieures à celles qu'ils auraient droit de toucher comme « tous les autres créanciers. » Cette disposition fut adoptée provisoire- ment dans la séance du 5 mai. Puis, dans la séance du 12, fut présentée une nouvelle rédaction du Titre *De la banqueroute simple*, et celle-ci ne contient plus aucune disposition de ce genre.

(2) Voy. les art. 89 du Code de commerce et 404 du Code pénal.

§ II. Des peines infligées au failli coupable de banqueroute simple.

L'art. 592 du Code de 1808 disait, dans son premier alinéa : « Le tribunal de police correctionnelle, en déclarant qu'il y a « banqueroute simple, devra, suivant l'exigence des cas, pro- « noncer l'emprisonnement pour un mois au moins et deux ans « au plus » (1).

Cette peine, prononcée par le Code de commerce, est reproduite par le Code pénal de 1810. Voici, en effet, ce que nous lisons dans l'art. 402 de ce dernier Code : « Ceux qui, dans les « cas prévus par le Code de commerce, sont déclarés coupables « de banqueroute, seront punis ainsi qu'il suit : Les banque- « routiers frauduleux... ; les banqueroutiers simples seront « punis d'un emprisonnement d'un mois au moins et de deux « ans au plus. »

Il est à remarquer que, sous l'empire du Code de 1810, d'une part le banqueroutier simple pouvait, en cas de récidive, être condamné à quatre ans d'emprisonnement (2), et, d'autre

(1) Au Conseil d'État (séance du 3 mai 1807), M. Treilhard demanda que, sur le châtiment du banqueroutier simple, on renvoyât au Code pénal : la fixation des peines, disait-il, est hors de la matière du Code de commerce. A quoi Merlin répondit que le Code pénal n'établissait pas de peines pour la banqueroute simple.

(2) Art. 57. « Quiconque, ayant été condamné pour un crime, aura « commis un délit de nature à être puni correctionnellement, sera con- « damné au *maximum* de la peine portée par la loi, et cette peine pourra « être élevée jusqu'au double. »

Art. 58. « Les coupables, condamnés correctionnellement à un empri- « sonnement de plus d'une année, seront aussi, en cas de nouveau délit, « condamnés au *maximum* de la peine portée par la loi, et cette peine « pourra être élevée jusqu'au double; ils seront, de plus, mis sous la « surveillance spéciale du Gouvernement pendant au moins cinq années « et dix ans au plus. »

part, la peine ne pouvait à peu près jamais être abaissée en raison des circonstances atténuantes (1).

La révision du Code pénal en 1832 ne toucha pas à l'art. 402. Elle laissa également subsister le système de 1810 quant à la récidive ; mais ce système fut notablement adouci quant aux circonstances atténuantes (2).

Le législateur de 1838 n'a pas jugé utile de déterminer une pénalité déjà écrite dans la loi criminelle. En conséquence, le nouvel art. 584 du Code de commerce se borne à dire que les cas de banqueroute simple seront punis des peines portées au Code pénal.

Enfin la loi du 20 mai 1863 est venue modifier plusieurs dispositions du Code pénal. Elle n'a rien changé à l'art. 402 ; mais elle a corrigé les dispositions sur la récidive et sur les circonstances atténuantes. Il résulte d'abord de cette loi que, pour être traité comme récidiviste, il faut que celui qui commet le délit de banqueroute simple ait été déjà condamné, pour crime ou pour délit, à une peine supérieure à une année d'emprisonnement (voy. les nouveaux art. 57 et 58). Quant aux circonstances atténuantes en matière correctionnelle, voici le texte même du nouvel art. 463 : « Dans tous les cas où la « peine de l'emprisonnement et celle de l'amende sont pro-

(1) Art. 463. « Dans tous les cas où la peine d'emprisonnement est « portée par le présent Code, *si le préjudice causé n'excède pas vingt-* « *cinq francs* et si les circonstances paraissent atténuantes, les tribunaux « sont autorisés à réduire l'emprisonnement, même au-dessous de six « jours, et l'amende, même au dessous de seize francs. Ils pourront aussi « prononcer séparément l'une ou l'autre de ces peines, sans qu'en aucun « cas elle puisse être au-dessous des peines de simple police. »

(2) Art. 463 *in fine*. « Dans tous les cas où la peine de l'emprisonne- « ment et celle de l'amende sont prononcées par le Code pénal, si les cir- « constances paraissent atténuantes, les tribunaux correctionnels sont au- « torisés, même en cas de récidive, à réduire l'emprisonnement même au- « dessous de six jours, et l'amende même au-dessous de seize francs; ils pour- « ront aussi prononcer séparément l'une ou l'autre de ces deux peines, et « même substituer l'amende à l'emprisonnement, sans qu'en aucun cas elle « puisse être au-dessous des peines de simple police. »

« noncées par le Code pénal, si les circonstances paraissent at-
« ténuantes, les tribunaux correctionnels sont autorisés, même
« en cas de récidive, à réduire ces deux peines comme suit : Si la
« peine prononcée par la loi, soit à raison de la nature du délit,
« soit à raison de l'état de récidive du prévenu, est un empri-
« sonnement dont le *minimum* ne soit pas inférieur à un an, ou
« une amende dont le *minimum* ne soit pas inférieur à cinq
« cents francs, les tribunaux pourront réduire l'emprisonne-
« ment jusqu'à six jours et l'amende jusqu'à seize francs. — Dans
« tous les autres cas, ils pourront réduire l'emprisonnement
« même au-dessous de six jours et l'amende même au-dessous
« de seize francs. Ils pourront aussi prononcer séparément l'une
« ou l'autre de ces peines, et même substituer l'amende à l'empri-
« sonnement, sans qu'en aucun cas elle puisse être au-dessous
« des peines de simple police. »

§ III. Des personnes qui peuvent poursuivre le délit de banqueroute simple, et de la procédure.

La banqueroute simple est un délit : elle doit donc, conformément à la règle générale posée au Code d'instruction criminelle (1), être de la compétence des tribunaux correctionnels. Le Code de commerce de 1808, promulgué un peu avant le Code d'instruction criminelle, le décidait expressément (2), et le législateur de 1838 a reproduit cette disposition, en disant, dans l'art. 584 : « Les cas de banqueroute simple seront jugés « par les tribunaux de police correctionnelle. » — Il peut néanmoins arriver qu'un cas de banqueroute simple soit jugé par la Cour d'assises. On peut supposer, par exemple, qu'un failli a été renvoyé devant la Cour d'assises comme ayant par fraude

(1) Art. 179.
(2) Art. 588.

tenu irrégulièrement ses livres, et il résulte des débats que c'est par simple négligence : nous retombons alors dans le délit de banqueroute simple, et le jury pourra être consulté subsidiairement sur la question de savoir si l'accusé est coupable d'un fait constitutif de ce délit (1).

En général, le tribunal correctionnel est saisi, soit par citation directe du ministère public ou de la partie civile, soit par ordonnance de renvoi du juge d'instruction, soit accidentellement par arrêt de renvoi de la Chambre des mises en accusation (2). Cette règle générale s'applique parfaitement quand il s'agit du délit de banqueroute simple. Seulement, qui considérerons-nous comme pouvant jouer ici le rôle de *partie civile ?* Le Code de 1808 (art. 588) avait déjà répondu à cette question ; la loi nouvelle y répond également, lorsqu'elle nous dit (art. 584) : « Les cas de « banqueroute simple... seront jugés... sur la poursuite des « syndics, de tout créancier ou du ministère public. » Quand la loi parle de *la poursuite* des syndics ou de tout créancier, elle emploie une expression très-large qui comprend et *la plainte* (3) et *la citation directe* (4). Du reste, la loi donne à cette même expression un sens plus restreint, le sens de *citation directe,* lorsqu'elle dit, dans le nouvel art. 589 : « Les syndics ne pour- « ront intenter de poursuite en banqueroute simple, ni se porter « partie civile, au nom de la masse, qu'après y avoir été autori- « sés par une délibération prise à la majorité individuelle des « créanciers présents » (5).

Sous l'empire du Code de 1808, on a jugé que la poursuite en banqueroute simple ne pouvait pas être intentée par le créancier qui avait adhéré au concordat homologué, et tout créan-

(1) Voy. l'art. 365 du Code d'instruction criminelle.

(2) Art. 182 du Code d'instruction criminelle.

(3) Voy. les art. 63 et suiv. du Code d'instruction criminelle.

(4) Voy. spécialement les art. 64 *in fine,* 182 et 183 du Code d'instruction criminelle.

(5) Le Code de 1808 ne contenait rien de semblable à cette disposition. Nous l'expliquerons dans notre § IV.

cier était réputé y avoir adhéré par cela seul qu'il n'avait pas formé opposition dans le délai légal (1). Quant aux créanciers qui avaient formé opposition au concordat, mais dont l'opposition avait été rejetée, étaient-ils recevables à poursuivre le failli comme banqueroutier simple? Les auteurs n'étaient pas d'accord sur ce point. — Dans le projet présenté par le Gouvernement en 1834, il y avait une disposition ainsi conçue : « A dater de l'homologation, aucune action en banqueroute « simple ne pourra plus être intentée. » Dans la seconde discussion à la Chambre des députés, on proposa de n'interdire l'action en banqueroute simple qu'aux créanciers qui auraient concouru au concordat; le garde des sceaux (M. Barthe) combattit cette distinction, et demanda la suppression radicale de la disposition. Cette suppression fut effectivement prononcée. En conséquence, il faut dire que le nouvel art. 584 peut s'appliquer aussi bien quand il y a un concordat que quand il n'en a pas été accordé au failli. Il est à remarquer, du reste, que, si un concordat peut encore être accordé au failli condamné comme banqueroutier simple (2), de même et à plus forte raison, la condamnation pour banqueroute simple ne fait nullement tomber le concordat déjà obtenu par le failli (3).

De même que le failli concordataire, de même le failli déclaré excusable par le tribunal de commerce peut encore être poursuivi et condamné comme banqueroutier simple. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens, sous l'empire du Code de 1808 (4).

Aux termes de l'art. 638 du Code d'instruction criminelle, l'action publique résultant d'un délit se prescrit par trois années révolues à compter du jour où le délit a été commis, si dans cet intervalle il n'a été fait aucun acte d'instruction ni de

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de cassation, du 9 mars 1811 (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 1433).

(2) Voy. l'art. 511.

(3) Voy. les art. 518 et 520, 1er alinéa. Comp. l'art. 587, 2e alinéa.

(4) Arrêt, déjà cité, du 9 mars 1811.

poursuite ; s'il a été fait des actes d'instruction ou de poursuite non suivis de jugement, les trois ans courent du dernier acte. En matière de banqueroute simple, quel est véritablement le *jour où le délit a été commis?* Le délit de banqueroute simple, nous le savons, implique, comme élément essentiel, la qualité de commerçant failli, et cette qualité même suppose, dans la doctrine que nous avons admise, un jugement du tribunal de commerce déclarant la faillite. On ne peut donc pas dire, tant que le jugement déclaratif n'a pas été rendu, qu'il y a délit de banqueroute simple. J'arrive ainsi à décider que la prescription de trois ans court, au plus tôt, du jour du jugement déclaratif de faillite. Au contraire, la Cour de cassation, qui admet que l'état de faillite peut exister en l'absence d'un jugement du tribunal de commerce et que cet état peut être reconnu par le tribunal criminel, décide logiquement que les trois ans peuvent commencer à courir du jour de la cessation des paiements (1).

(1) Arrêt de cassation, de la Chambre criminelle, du 22 janvier 1847. Voici le raisonnement de la Cour :

« Les divers cas énumérés dans l'art. 586 du Code de commerce ne constituant des délits et ne devenant punissables qu'autant qu'ils seraient imputables à un *commerçant failli*, il en résulte l'obligation, pour le tribunal de répression devant lequel l'action publique est portée, non-seulement de constater *l'état actuel de faillite* du prévenu, mais encore de déterminer l'époque à laquelle cette faillite s'est réalisée, en s'attachant pour cela aux faits et aux circonstances de la cause. Le fait de la faillite étant l'un des éléments essentiels du délit soumis au tribunal correctionnel, il appartient à ce tribunal d'apprécier les éléments constitutifs de ce fait, indépendamment de tous jugements qui auraient pu intervenir au civil sur la faillite et le règlement des intérêts des créanciers, ces jugements étant sans autorité sur l'action publique en poursuite du délit. — De cette même disposition de l'art. 586 précité, qui n'attribue le caractère d'infraction qu'à ceux des cas énumérés en cet article qui deviendraient imputables à un commerçant failli, et de ce que, suivant les termes de l'art. 638 du Code d'instruction criminelle, la prescription, en matière correctionnelle, commence à courir du jour où l'infraction a été commise, il résulte encore, pour le tribunal de répression saisi de l'action, l'obligation de déterminer, d'une manière précise, l'époque à laquelle la faillite s'est ouverte, puisque c'est à cette époque seulement que les faits antérieurs et constitutifs de la banqueroute simple ont pu devenir l'objet d'une action de la part du ministère public, et qu'a pu

Le tribunal correctionnel, saisi d'une poursuite en banqueroute simple, peut toujours entendre comme témoin le juge-commissaire. Si les syndics se sont portés partie civile au nom de la masse, cela n'empêche pas le tribunal de recevoir le témoignage des créanciers (1). De même, et à plus forte raison, si un ou plusieurs créanciers se sont portés parties civiles, le tribunal pourra très-bien entendre le témoignage des autres créanciers et des syndics.

Le tribunal correctionnel ne peut prononcer la peine de la banqueroute simple que contre un *commerçant failli*. Du reste, la Cour de cassation admet qu'il n'est pas indispensable que le jugement signale expressément cette qualité de *commerçant failli*, mais qu'il suffit qu'elle ressorte de circonstances relevées dans ce jugement (2).

Le jugement du tribunal correctionnel peut être déféré à la Cour impériale. Il faut appliquer ici purement et simplement les règles générales posées au Code d'instruction criminelle avec les modifications résultant de la loi du 13 juin 1856 (art. 198 et suiv.). Ainsi, il est bien évident que le nouvel art. 582 du Code de commerce, qui donne pour interjeter appel un délai

« dès lors courir la prescription établie par l'art. 638 précité. — Si les faits « constitutifs du délit de banqueroute sont postérieurs à l'ouverture de la « faillite, il est aussi nécessaire de déterminer la date de leur perpétration, « qui est alors le point de départ de la prescription... » (Dev.-Car , 47, 1, 472).

Dans l'espèce, un failli était poursuivi en police correctionnelle comme s'étant rendu coupable de faits compris dans l'art. 586. Il opposait que plus de trois ans s'étaient écoulés sans actes d'instruction ou de poursuite depuis l'époque fixée par le tribunal de commerce comme étant celle de la cessation des paiements; la Cour de Lyon avait rejeté l'exception, par le motif que trois années ne s'étaient pas écoulées depuis le *jugement déclaratif de la faillite*. C'est cette décision qui est cassée, comme ayant manifestement violé les dispositions de l'art. 638 du Code d'instr. crim., et des art. 437, 438, 441 et 586 du Code de commerce.

(1) Ainsi jugé par la Cour de cassation, le 14 mai 1847, en matière de banqueroute frauduleuse (Dev.-Car., 48, 1, 751).

(2) Arrêt du 19 septembre 1844. Voy. Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite* n° 1390.

de quinzaine à compter de la signification du jugement *rendu en matière de faillite*, est absolument étranger à la matière qui nous occupe.

Remarquons, en terminant, qu'aux termes du nouvel art. 600, tous arrêts et jugements portant condamnation pour délit de banqueroute simple doivent être affichés et publiés suivant les formes établies par l'art. 42 du Code de commerce, aux frais des condamnés. Une disposition analogue existait déjà dans le Code de 1808. M. Locré dit qu'elle tend : 1° à rendre l'exemple du châtiment plus efficace; 2° à signaler les banqueroutiers de manière qu'ils ne puissent plus faire de dupes.

§ IV. Par qui sont supportés les frais de la poursuite en banqueroute simple.

En ce qui concerne les frais de poursuite, la loi, dans les art. 587-590, distingue trois cas, suivant que la poursuite a été intentée par le ministère public, ou par les syndics, ou par un créancier. Examinons successivement ces trois cas :

1er cas. *Poursuite intentée par le ministère public.* — Ce premier cas n'avait pas été formellement prévu par le Code de 1808; sous l'empire de ce Code, on décidait, conformément aux principes généraux (1), que, si le prévenu était condamné, les frais étaient à sa charge. Il est clair que ce système conduisait à un résultat inique, et qu'il avait un très-grave inconvénient au point de vue de la bonne administration de la justice. En effet, la condamnation aux frais, prononcée contre le failli reconnu coupable de banqueroute simple, atteignait, non pas ce failli lui-même, mais ses créanciers : le Trésor public venait, par privilége (2), sur le patrimoine du failli, et le gage des créanciers

(1) Voy. l'art. 194 du Code d'instruction criminelle.

(2) Voy. la loi du 5 septembre 1807, *relative au mode de recouvrement des frais de justice au profit du Trésor public.*

se trouvait ainsi diminué ou même complétement anéanti. Par conséquent, il était de l'intérêt des créanciers que le failli, poursuivi par le ministère public devant le tribunal correctionnel, fût renvoyé de la poursuite plutôt que condamné. Comme le dit très-bien l'*Exposé des motifs* du projet présenté par le Gouvernement en 1834, « l'intérêt qu'ont les créanciers à détourner « une condamnation qui doit faire retomber sur eux les frais « du procès en banqueroute, fausse la situation et trop souvent « aussi le langage des créanciers et de leurs syndics. D'adver- « saires naturels du failli, ou du moins de témoins impartiaux « de sa conduite, ils deviennent ses apologistes ; et la connais- « sance qu'ils ont des circonstances et du caractère de la faillite « est perdue pour la justice. »

Le Gouvernement, dans le projet présenté en 1834, avait cru devoir faire céder l'intérêt du Trésor à des intérêts supérieurs, à l'intérêt de la justice, à celui de la sûreté du commerce ; et ce projet contenait un article ainsi conçu : « Les frais de pour- « suite en banqueroute simple, intentée par le ministère public, « seront, en cas de condamnation comme en cas d'acquittement, « supportés par le Trésor public. » Cette rédaction dépassait le but : il ne s'agissait pas d'exonérer le failli aux dépens du Trésor public, il s'agissait simplement de faire en sorte que la masse n'eût pas à souffrir de la poursuite intentée par le ministère public. En conséquence, la première Commission de la Chambre des députés proposa la rédaction suivante, qui a passé dans la loi où elle forme l'art. 587 : « Les frais de poursuite en « banqueroute simple, intentée par le ministère public, ne « pourront, en aucun cas, être mis à la charge de la masse. — « En cas de concordat, le recours du Trésor public contre le « failli pour ces frais ne pourra être exercé qu'après l'expira- « tion des termes accordés par ce traité » (1).

Ainsi, quelque temps après le jugement déclaratif de faillite, le procureur impérial poursuit le failli comme coupable de ban-

(1) Comp. M. Renouard, t. II, p. 449.

queroute simple. D'abord, si le failli est renvoyé de la poursuite, il est clair que les frais resteront définitivement à la charge du Trésor public. Si au contraire il est condamné, le recouvrement des frais ne peut pas nuire à la masse ; mais ce n'est pas à dire qu'ils seront supportés en définitive par le Trésor public. En effet, de deux choses l'une : ou l'union sera dissoute, conformément à l'art. 537, ou bien le failli aura obtenu un concordat (soit avant, soit après avoir été condamné comme banqueroutier simple). Dans le premier cas, une fois l'union dissoute, il n'y a plus de masse, et l'art. 587 cesse d'être applicable : le Trésor public pourra donc, d'après la règle du droit commun, exercer son recours sur les biens qui surviendraient au condamné. Dans le deuxième cas, tant que les termes accordés par le concordat ne sont pas échus (ou, plus exactement, tant que les engagements résultant du concordat ne sont pas remplis), le Trésor public ne peut pas exercer un recours qui rendrait peut-être impossible l'exécution de ce traité et qui nuirait à la masse qui l'a consenti ; mais, dès que cette exécution est consommée, rien ne s'oppose plus à ce que le Trésor public cherche à recouvrer les frais qui n'ont pas cessé d'incomber au condamné. Le 2e alinéa de l'art. 587 n'est, en réalité, qu'un corollaire du premier. La petite correction que je propose d'apporter au texte de ce 2e alinéa est confirmée par le rapport de M. Renouard, dans lequel je lis ce qui suit : « Votre « Commission a pensé qu'il devait être fait réserve expresse du « recours personnel contre le failli pour le cas où, après l'obten- « tion et l'*exécution* du concordat, il reviendrait à meilleure « fortune. »

La disposition contenue dans le 1er alinéa de notre art. 587 est reproduite, pour le cas de banqueroute frauduleuse, dans le 1er alinéa de l'art. 592. Nous verrons, en expliquant ce dernier article, que c'est une disposition exorbitante du droit commun (1),

(1) On comprend dès à présent que cette disposition déroge aux art. 194 et 368 du Code d'instruction criminelle.

et qu'en conséquence elle ne doit pas être étendue à des cas non compris dans le texte.

2e cas. *Poursuite intentée par les syndics.* — Relativement à ce cas, le Code de 1808 décidait, en termes absolus, dans son art. 589, que les frais seraient supportés par la masse. Cela était tout au moins bien rigoureux. Aussi la loi de 1838 a-t-elle modifié ce système sous deux rapports :

D'abord elle distingue suivant que le failli est acquitté ou condamné par le tribunal correctionnel. Ecoutons ce qui est dit dans l'art. 588 : « Les frais de poursuite intentée par les syndics au nom « des créanciers seront supportés, s'il y a acquittement, par la « masse, et, s'il y a condamnation, par le Trésor public, sauf son « recours contre le failli, conformément à l'article précédent. » Si le failli est acquitté, les syndics, qui représentent la masse, ont eu tort de le poursuivre ou de se porter partie civile : il est juste que, par application du droit commun (1), la masse supporte les frais ; et je crois même qu'il faut aller jusqu'à dire que, si l'actif de la faillite ne suffisait pas à les payer, l'excédant devrait être fourni par les différents créanciers, au prorata de leurs créances(2). Si le failli est condamné, les frais ne doivent pas peser sur la masse : ici, comme dans le cas où la condamnation intervient sur la poursuite du ministère public, le Trésor ne pourra les recouvrer contre le failli qu'après dissolution de l'union ou accomplissement des obligations résultant du concordat (3).

(1) Code d'instruction criminelle, art. 194.

(2) Voy., en ce sens, M. Renouard, t. II, p. 451. — Le failli ayant été acquitté, ce n'est pas à lui, c'est aux créanciers qui l'ont poursuivi mal à propos, à supporter en définitive les frais de poursuite. Il faut donc dire que les sommes prises sur son actif pour rembourser les frais au Trésor diminuent d'autant le montant de son passif : lorsque le débiteur fournit une somme dont le paiement incombe à ses créanciers, évidemment il se libère d'autant envers eux. Cette idée recevra notamment une application importante en matière de réhabilitation, quand il s'agira de savoir si le failli qui veut se faire réhabiliter a satisfait à la condition prescrite par l'art. 604, c'est-à-dire a intégralement acquitté toutes les sommes par lui dues. Comp. M. Bédarride, t. III, n° 1247.

(3) Évidemment, pour qu'il puisse être question d'une poursuite inten-

Il importe beaucoup aux créanciers que les syndics n'agissent pas témérairement, puisque, comme nous venons de le voir, en cas d'acquittement du failli, ce sont ces créanciers qui supportent tous les frais. De là une disposition nouvelle de la loi de 1838 : « Les syndics, aux termes de l'art. 589, ne pourront « intenter de poursuite en banqueroute simple ni se porter « partie civile (1), au nom de la masse, qu'après y avoir été au- « torisés par une délibération prise à la majorité individuelle « des créanciers présents. » Ainsi, les créanciers sont convoqués pour indiquer aux syndics ce qu'ils ont à faire. Ici, du reste, chaque créancier a voix égale, quelle que soit la quotité de sa créance; et l'on tient compte uniquement des créanciers présents à l'assemblée.

3e CAS. *Poursuite intentée par un créancier.* — Le Code de 1808 (art. 590) voulait que les frais fussent supportés par le créancier poursuivant, en cas d'acquittement du prévenu, et par la masse, en cas de condamnation. Cette décision était raisonnable pour le cas d'acquittement : comme le dit très-bien M. Locré, « la masse ne doit pas supporter les frais d'une atta- « que téméraire à laquelle elle n'a point eu de part. » Mais, pour le cas de condamnation du prévenu, cette décision était évidemment injuste, et elle présentait le même inconvénient qui a été signalé à propos de la poursuite intentée par le ministère public (2). Aussi le projet présenté par le Gouvernement en 1834 contenait-il, au lieu de l'ancien art. 590, la disposition suivante : « Les frais de poursuite intentée par un créancier seront « supportés, s'il y a condamnation, par le Trésor public; s'il y « a acquittement, par le créancier poursuivant. » Cette disposition était parfaitement en harmonie avec la disposition du

tée par les syndics, il faut supposer qu'il n'y a pas encore de concordat homologué : car, dès que le jugement d'homologation est passé en force de chose jugée, les fonctions des syndics cessent (art. 519).

(1) Sur ces deux expressions, *intenter une poursuite, se porter partie civile*, voy. ci-dessus, p. 61.

(2) Voy. ci-dessus, p. 65 et 66.

même projet relative à la poursuite intentée par le ministère public (1): que la poursuite eût été intentée par le ministère public ou qu'elle eût été intentée par un créancier, les frais, en cas de condamnation du prévenu, devaient être supportés par le Trésor public. Nous savons que la disposition du projet relative à a poursuite intentée par le ministère public fut modifiée, à la demande de la première Commission de la Chambre des députés. Quant à la disposition relative à la poursuite intentée par un créancier, la même Commission proposa, non pas simplement de la modifier, mais de la supprimer complétement : « Il faut éviter, disait le rapporteur, d'encourager les haines et « les vexations individuelles. On n'a plus à craindre, lorsque « la masse n'aura plus, en cas de condamnation, à supporter les « frais, que le ministère public et les syndics gardent le silence « si les présomptions de culpabilité sont graves. »

Ce système, d'après lequel le droit de poursuivre le failli comme banqueroutier simple appartient seulement au ministère public et aux syndics, mais non aux créanciers individuellement, ce système fut effectivement consacré par la Chambre des députés en 1835. En définitive, ce système n'a point passé dans la loi : la Chambre des pairs, à la demande de sa première Commission, rétablit l'article du projet de 1834, et cet article forme le nouvel art. 590 du Code de commerce. Faut-il donc admettre qu'en cas de condamnation du prévenu les frais de poursuite seront supportés par le Trésor public ? Evidemment il serait absurde que le Trésor public, qui a un recours contre le condamné lorsque la poursuite a été intentée soit par le procureur impérial, soit par les syndics (voy. les art. 587 et 588), n'en eût aucun lorsqu'elle a été intentée par un créancier. La première Commission de la Chambre des députés aurait certainement modifié la rédaction de l'art. 590, comme elle avait modifié celle de l'art. 587, si elle n'avait pas voulu supprimer complétement la poursuite exercée par un créancier ; et, lors-

(1) Voy., ci-dessus, p. 66.

qu'ensuite on est revenu sur cette suppression, lorsqu'on a voté le rétablissement du principe de l'art. 590, on n'a pas réfléchi qu'il était nécessaire de faire subir à la rédaction un changement qui la mît d'accord avec celle de l'art. 587 (1).

En résumé, si nous nous attachons aux principes, si nous tenons compte des vicissitudes qu'ont subies les art. 587 et suiv., depuis le projet de 1834 jusqu'au vote définitif de la loi de 1838, nous dirons, sans hésiter : Aussi bien quand le failli, condamné comme banqueroutier simple, a été poursuivi par un créancier que quand il a été poursuivi par le ministère public ou par les syndics, les frais de poursuite ne doivent pas être supportés par la masse ; ils seront supportés par le Trésor public, sauf, dans tous les cas, le droit pour le Trésor public de recourir contre le condamné dès que le recours peut s'exercer sans nuire à la masse (2).

Nous savons que le jugement ou l'arrêt qui condamne le banqueroutier simple doit être affiché et publié conformément à l'art. 42 du Code de commerce. Aux frais de qui? Aux frais du condamné, dit l'art. 600. Il ne s'agit pas là de *frais de poursuite :* les art. 587 et suiv. ne sont donc pas applicables, et c'est l'actif de la faillite qui acquittera la dépense d'affiche et de publication.

(1) Cette explication de ce qu'il y a de défectueux dans la rédaction du nouvel art. 590 n'a encore été donnée, du moins à ma connaissance, par aucun auteur.

(2) Comp. M. Bédarride, t. III, n° 1246.

CHAPITRE II.

DE LA BANQUEROUTE FRAUDULEUSE.

Nous retrouvons ici, et nous allons examiner successivement les mêmes questions que nous avons examinées à propos de la banqueroute simple.

§ I. Dans quels cas il y a banqueroute frauduleuse.

De même que le Code de 1808 distinguait certains cas où le commerçant failli *était poursuivi* comme banqueroutier simple et pouvait être déclaré tel, et certains autres cas où il *pouvait être poursuivi* comme banqueroutier simple et être déclaré tel (1), de même ce Code de 1808 distinguait certains cas où le commerçant failli devait être déclaré banqueroutier frauduleux, et certains autres où il pouvait être poursuivi comme banqueroutier frauduleux et être déclaré tel. Voici, en effet, les dispositions que nous rencontrons dans ce Code :

Art. 593. « Sera déclaré banqueroutier frauduleux tout com-
« merçant failli qui se trouvera dans un ou plusieurs des cas
« suivants, savoir : 1° s'il a supposé des dépenses ou des per-
« tes, ou ne justifie pas de l'emploi de toutes ses recettes ;
« — 2° s'il a détourné aucune somme d'argent, aucune dette
« active, aucunes marchandises, denrées ou effets mobiliers ; —
« 3° s'il a fait des ventes, négociations ou donations supposées ;
« — 4° s'il a supposé des dettes passives et collusoires entre
« lui et des créanciers fictifs, en faisant des écritures simulées,

(1) Voy , ci-dessus, p. 26.

« ou en se constituant débiteur, sans cause ni valeur, par « des actes publics ou par des engagements sous signature pri- « vée ; — 5° si, ayant été chargé d'un mandat spécial, ou cons- « titué dépositaire d'argent, d'effets de commerce, de denrées « ou marchandises, il a, au préjudice du mandat ou du dépôt, « appliqué à son profit les fonds ou la valeur des objets sur « lesquels portait soit le mandat, soit le dépôt ;—6° s'il a acheté « des immeubles ou des effets mobiliers, à la faveur d'un « prête-nom ; — 7° s'il a caché ses livres » (1).

ART. 594. « Pourra être poursuivi comme banqueroutier « frauduleux et être déclaré tel : le failli qui n'a pas tenu de « livres, ou dont les livres ne présenteront pas sa véritable si- « tuation active et passive ; celui qui, ayant obtenu un sauf- « conduit, ne se sera pas présenté à justice. »

Ce système avait d'abord quelque chose de bizarre, en ce que le failli qui se trouvait dans l'un des deux cas de l'art. 594 devait être poursuivi comme banqueroutier frauduleux ou n'être pas du tout poursuivi : il n'était pas possible de le poursuivre comme coupable de banqueroute simple. Aussi les cas de poursuite *facultative* en banqueroute frauduleuse ont-ils complétement disparu dans la loi de 1838. Dans les mêmes cas où il y avait autrefois poursuite facultative en banqueroute frauduleuse, il y a aujourd'hui possibilité pour le juge de condamner le failli comme banqueroutier simple (voy. le nouvel art. 586, n^os^ 5 et 6).

Le système du Code de 1808 était défectueux sous un autre rapport : la loi, en énumérant limitativement les cas de ban-

(1) Comme le remarque M. Locré, aux sept cas mentionnés dans cet art. 593, il fallait en ajouter deux autres, savoir :

1° Le cas prévu par l'art. 69 : l'époux séparé de biens ou marié sous le régime dotal, embrassant la profession du commerce depuis son mariage, ne faisait pas dans le mois la remise prescrite d'un extrait de son contrat de mariage (voy., ci-dessus, p. 45);

2° Le cas prévu par l'art. 555 : la femme d'un failli avait détourné, diverti ou recélé des effets mobiliers, des marchandises, des effets de commerce, de l'argent comptant.

queroute frauduleuse, avait, d'une part, compris dans son énumération des hypothèses véritablement étrangères au crime dont il s'agit, et, d'autre part, laissé en dehors de la pénalité des faits qui rationnellement présentaient tous les caractères de la banqueroute frauduleuse.

Ainsi, d'une part, devait être déclaré banqueroutier frauduleux le commerçant failli qui, ayant été chargé d'un mandat spécial ou d'un dépôt, avait appliqué à son profit les valeurs à lui confiées. Mais, comme le dit très-bien M. Renouard dans son rapport (1), « ce délit envers des créanciers particuliers n'est point « une fraude faite à la masse; c'est un délit privé, que l'art. 408 « du Code pénal a prévu et puni... Pourquoi, si on l'admettait, « ne pas attacher les mêmes conséquences aux crimes de vol, « de faux, et à tous autres? Que doit-il arriver si des condamnations sont intervenues à cet égard antérieurement à la déclaration de faillite et ont été exécutées, ou si les faits qui ont « entraîné la faillite ont été amenés par des causes étrangères « à ces crimes ou à ces délits? Ces circonstances, quelque aggravantes qu'elles puissent être, appartiennent à un autre « ordre de faits que la faillite ou la banqueroute, et elles doivent être régies par les dispositions du droit commun. »

D'autre part, un failli, reconnu coupable par le jury d'avoir supposé des dettes passives et collusoires entre lui et des créanciers fictifs, en se constituant débiteur, sans cause ni valeur, *par le bilan qu'il a présenté et signé*, ce failli a été absous par la Cour d'assises, et le pourvoi formé par le procureur général contre cet arrêt d'absolution a été rejeté par la Cour de cassation, le 3 juillet 1823 (2). En effet, l'art. 593 n'était pas littéralement applicable à l'hypothèse.

En conséquence, la loi de 1838, sans donner une énumération limitative des cas de banqueroute frauduleuse, a signalé les caractères en dehors desquels ce crime ne peut pas exister, de telle

(1) Voy. aussi son *Traité des faillites et banqueroutes*, t. II, p. 468.
(2) Voy. M. Renouard, t. II, p. 469, et M. Bédarride, t. III, nº 1251.

sorte que sans doute un certain pouvoir d'appréciation des circonstances est laissé à la justice, mais que d'un autre côté les justiciables n'ont pas à craindre une condamnation arbitraire. Voici, en effet, le texte du nouvel art. 591 : « Sera déclaré banqueroutier frauduleux,... tout commerçant failli qui aura « soustrait ses livres, détourné ou dissimulé une partie de son « actif, ou qui, soit dans ses écritures, soit par des actes publics « ou des engagements sous signature privée, soit par son bilan, « se sera frauduleusement reconnu débiteur de sommes qu'il « ne devait pas. »

Il résulte de cet article que, pour qu'un commerçant failli soit condamné comme banqueroutier frauduleux, il faut toujours ou qu'il ait soustrait ses livres, ou qu'il ait détourné ou dissimulé une partie de son actif, ou enfin qu'il ait frauduleusement exagéré le chiffre de son passif (1).

Celui qui soustrait ses livres est présumé par la loi vouloir détourner ou dissimuler une partie de son actif ou vouloir enfler mensongèrement le chiffre de son passif : détourner ou dissimuler une partie de son actif, supposer des dettes non existantes, voilà en définitive ce que fait le failli qui veut frauder ses créanciers (2). — On pourrait être tenté, en s'appuyant sur l'art. 586 *in fine*, d'ajouter le cas où, par fraude, il n'a pas tenu de livres et fait exactement inventaire, ainsi que le cas où, également par fraude, ses livres ou inventaires sont incomplets ou irrégulièrement tenus, ou n'offrent pas sa véritable situation active ou passive. Mais, d'après l'esprit du législateur, ces cas doivent être considérés comme rentrant dans la disposition de l'art. 591, en ce sens qu'il faudra toujours que la fraude ait tendu

(1) Ainsi la Cour de cassation, par son arrêt du 7 juin 1845 (Dev.-Car., 45, 1, 558), décide que le délit prévu par l'art. 408 du Code pénal *ne saurait être considéré, dans sa relation avec la faillite, comme un élément du crime limitativement défini par l'art.* 591 *qu'autant qu'il aurait entraîné dissimulation de l'actif* (la Cour ajoute *ou du passif*, ce qui me paraît une erreur).

(2) Comp. M. Bédarride, t. III, n° 1252. — Le nouvel art. 518 du Code de commerce rentre manifestement dans cet ordre d'idées.

à dissimuler une partie de l'actif ou à exagérer le chiffre du passif (1).

Il faut bien remarquer que le commerçant qui, se sentant près de cesser ses paiements ou même les ayant déjà cessés, dissipe follement son actif, ne commet pas par cela seul le crime de banqueroute frauduleuse. En effet, dissiper ce n'est ni détourner ni dissimuler. La Cour de cassation, par son arrêt du 13 janvier 1854, a fait l'application de cette idée à une espèce assez curieuse. Un commerçant failli ayant été traduit en Cour d'assises sous l'accusation de banqueroute frauduleuse, on avait posé au jury la question suivante : *L'accusé est-il coupable d'avoir détourné ou dissipé, au préjudice de ses créanciers, partie de son actif?* Sur la réponse affirmative du jury, la Cour avait prononcé un arrêt de condamnation. Cet arrêt a été cassé : « Attendu que la réponse affirmative sur la question alternative « soumise au jury n'aurait pu justifier la condamnation pro- « noncée que si l'une comme l'autre des alternatives proposées « eût été de nature à constituer le crime de banqueroute frau- « duleuse ou au moins toute autre infraction entraînant, comme « ce crime, la peine des travaux forcés à temps; mais attendu « que l'art. 591 ne déclare banqueroutier frauduleux et ne pu- « nit de cette peine des travaux forcés que le négociant failli « qui a détourné ou dissimulé une partie de son actif; que cette « définition ne comprend nullement le fait d'un négociant failli « d'avoir dissipé au préjudice de ses créanciers tout ou partie « de ses biens; qu'ainsi l'arrêt attaqué a fait une fausse appli-

(1) Comp. Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 1457.

Il peut y avoir dans le bilan inexactitude consistant en ce que le failli n'a pas fait connaître tout son passif; le 2e alinéa de l'art. 567 se réfère à un cas de ce genre. On peut supposer un failli qui dans son bilan passe complétement sous silence sa dette envers un créancier domicilié en pays étranger : il espère que ce créancier ne se fera pas connaître, au moins avant un certain temps, et que les autres lui seront d'autant plus favorables que le chiffre de son passif paraîtra moins élevé par rapport au chiffre de son actif. Le failli qui agit ainsi ne pourrait pas être déclaré banqueroutier frauduleux. Et, en effet, s'il a commis une fraude, ce n'est véritablement pas à l'encontre de la masse, c'est plutôt à l'encontre d'un créancier isolé.

« cation de l'art. 591 et prononcé une condamnation qui était « sans base légale... » (1). Il est certain, du reste, et la Cour de cassation le reconnaît, que le fait par le failli de dissiper son actif pourrait, suivant les cas et conformément à l'art. 585, constituer le délit de banqueroute simple.

Nous avons vu qu'en matière de banqueroute simple la loi ne punit ni la *tentative* ni la *complicité* (2). Il en est autrement en matière de banqueroute frauduleuse.

Ainsi, d'abord en ce qui concerne la *tentative*, comme la banqueroute frauduleuse constitue un crime, nous devons appliquer la règle générale que pose en ces termes l'art. 2 du Code pénal : « Toute tentative de *crime*, qui aura été manifestée « par un commencement d'exécution, si elle n'a été suspendue « ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances in- « dépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme « le *crime* même. »

Quant à la *complicité*, l'art. 403 du Code pénal dit que « ceux qui, conformément au Code de commerce, seront décla- « rés complices de banqueroute frauduleuse, seront punis de la « même peine que les banqueroutiers frauduleux. » En 1810, lorsque le Code pénal a été rédigé, ces mots *conformément au Code de commerce* se référaient à l'art. 597 du Code de 1808, article ainsi conçu : « Seront déclarés complices des banque- « routiers frauduleux..., les individus qui seront convaincus « de s'être entendus avec le banqueroutier pour recéler ou « soustraire tout ou partie de ses biens meubles ou immeubles, « d'avoir acquis sur lui des créances fausses, et qui, à la vérifi- « cation et affirmation de leurs créances, auront persévéré à les « faire valoir comme sincères et véritables » (3). Nous verrons

(1) J'emprunte le texte de ces *considérants* à l'ouvrage de M. Renouard, t. II, p. 469.

(2) Ci-dessus, p. 55 et suiv.

(3) Il est encore question des *complices de banqueroute frauduleuse* dans les art. 598 et 599 du Code de 1808.

plus tard que ce système a été modifié par la loi de 1838; pour le moment il nous suffira de faire remarquer que le nouvel art. 593 déclare applicables en matière de banqueroute frauduleuse les caractères signalés par l'art. 60 du Code pénal comme étant en général constitutifs de la complicité.

§ II. Des peines infligées par la loi au crime de banqueroute frauduleuse.

Dans notre ancien droit, le banqueroutier frauduleux était puni de mort (1). Le Code pénal du 25 septembre-6 octobre 1791 (2e partie, Titre II, Section II, art. 30 et 31) prononce la peine de six années de fers (2). Le Code de commerce de 1808 maintenait cette peine, en renvoyant au Code pénal (3). Ainsi le Code de 1808 déterminait lui-même (art. 592) la peine de la banqueroute simple, tandis que pour la peine de la banqueroute frauduleuse il renvoyait au Code pénal : la raison en est qu'avant le Code de 1808 la banqueroute frauduleuse était déjà punie, mais non la banqueroute simple : ce Code devait donc nécessai-

(1) Voy. l'Ordonnance de Charles IX, de 1560 (art. 143); l'Édit de Henri IV, de mai 1609, et l'Ordonnance du commerce, de 1673 (Titre XI, art. 12). Une Déclaration du 11 janvier 1716 porte que la peine capitale prononcée par l'Ordonnance de 1673 n'a pas cessé d'être applicable.

(2) Art. 30. « Toute banqueroute faite frauduleusement, et à dessein de « tromper les créanciers légitimes, sera punie de la peine de six années de « fers. »

Art. 31. « Ceux qui auront aidé ou favorisé lesdites banqueroutes frau- « duleuses, soit en divertissant les effets, soit en acceptant des transports, « ventes ou donations simulées, soit en souscrivant tous autres actes qu'ils « savent être faits en fraude des créanciers légitimes, seront punis de la « peine portée en l'article précédent. »

(3) Ancien art. 596. « Lorsque le prévenu aura été atteint et déclaré cou- « pable des délits énoncés dans les articles précédents, il sera puni des « peines portées au Code pénal pour la banqueroute frauduleuse. »

D'après l'ancien art. 597, les individus déclarés complices des banqueroutiers frauduleux devaient être condamnés aux mêmes peines.

rement déterminer lui-même la peine à infliger à un délit qu'il créait (1), tandis qu'il pouvait renvoyer au Code pénal pour la peine à infliger à un crime déjà réprimé par la législation antérieure.

Le Code pénal de 1810, qui a remplacé celui de 1791, dit, dans son art. 402, que « les banqueroutiers frauduleux seront « punis de la peine des travaux forcés à temps. » Le nouvel art. 591 du Code de commerce renvoie à cette disposition, comme l'ancien art. 596 renvoyait à celle du Code de 1791. Quant aux complices du crime de banqueroute frauduleuse, il résulte également de l'art. 403 du Code pénal de 1810 et de l'art. 593 du nouveau Code de commerce qu'ils sont punis de la même peine que le banqueroutier frauduleux.

D'après l'art. 19 du Code pénal, « la condamnation à la peine « des travaux forcés à temps sera prononcée pour cinq ans au « moins et vingt ans au plus. » Faut-il conclure de cet article, combiné avec l'art. 402 du même Code, que l'individu reconnu coupable de banqueroute frauduleuse ne peut jamais être condamné à autre chose qu'aux travaux forcés pour un temps qui ne sera ni au-dessus de vingt ans ni au-dessous de cinq ans? Non : la règle à cet égard peut être modifiée, 1° par suite de l'âge du coupable; 2° par l'effet des circonstances atténuantes que le jury aurait reconnues en sa faveur; 3° enfin par suite de son état de récidiviste.

1° La peine des travaux forcés à temps n'est prononcée contre aucun individu âgé de soixante ans accomplis au moment du jugement; elle est remplacée par celle de la réclusion pour le même temps (2).

2° Lorsque le jury reconnaît que l'accusé est coupable du crime de banqueroute frauduleuse et déclare qu'il existe en sa

(1) Voy. ci-dessus, p. 2.

(2) Loi du 30 mai 1854 *sur l'exécution de la peine des travaux forcés*, art. 5. Le Code pénal (art. 70 et 71) exigeait l'âge de soixante-dix ans accomplis.

faveur des circonstances atténuantes, quel sera l'effet de cette déclaration? D'après la loi du 28 avril 1832, la Cour appliquera la peine de la réclusion, ou les dispositions de l'art. 401 (emprisonnement d'un an au moins et de cinq ans au plus), sans toutefois pouvoir réduire la durée de l'emprisonnement au-dessous de deux ans. L'art. 463 du Code pénal n'a pas été modifié à cet égard par la loi du 18 avril 1863.

3° Pour que l'individu reconnu coupable de banqueroute frauduleuse soit considéré comme récidiviste, que devons-nous supposer? Sous l'empire du Code de 1810, il fallait et il suffisait qu'il eût déjà été condamné *pour crime*. Sous l'empire de la loi du 28 avril 1832, il faut qu'il ait déjà été condamné *à une peine afflictive ou infamante* (1). Quelle influence l'état de récidive aura-t-il sur la condamnation? Le coupable sera condamné au *maximum* de la peine, laquelle pourra être élevée jusqu'au double (c'est-à-dire jusqu'à quarante ans de travaux forcés). — Voici maintenant une difficulté qui résulte de la loi du 18 avril 1863 : Un homme a déjà été condamné pour crime ou pour délit à un emprisonnement de plus d'un an; il est reconnu coupable de banqueroute frauduleuse (ou de tout autre crime puni des travaux forcés à temps), avec circonstances atténuantes : est-il récidiviste, et, en cas d'affirmative, quelle peine doit lui être appliquée? C'est une question embarrassante, que fait naître la mauvaise rédaction des nouveaux art. 57 et 58. Comme M. le ministre de la justice, dans sa circulaire du 30 mai 1863 aux procureurs-généraux, je me borne à la signaler.

Les agents de change et les courtiers sont soumis à une pénalité exceptionnelle (2).

Aux termes de l'art. 89 du Code de commerce, en cas de faillite, ils sont poursuivis comme banqueroutiers. Si nous n'avions

(1) Les premiers mots de l'art. 56 ont été modifiés en ce sens par la loi de 1832.

(2) Nous l'avons déjà indiqué par avance (ci-dessous, p. 57).

que cet art. 89, on pourrait croire que c'est la peine de la banqueroute simple qui leur est applicable par cela seul qu'ils sont en faillite. Mais la loi est bien plus rigoureuse. En effet, l'art. 404 du Code penal est ainsi conçu : « Les agents de change et cour-« tiers qui auront fait faillite seront punis de la peine des travaux « forcés à temps; s'ils sont convaincus de banqueroute fraudu-« leuse, la peine sera celle des travaux forcés à perpétuité. » Ainsi, là où un commerçant ordinaire n'encourrait aucune peine ou encourrait au *maximum* la peine de deux ans d'emprisonnement (c'est-à-dire quand il y a seulement faillite ou quand il y a banqueroute simple), l'agent de change et le courtier sont passibles des travaux forcés à temps; là où un commerçant ordinaire encourrait la peine des travaux forcés à temps (c'est-à-dire quand il y a banqueroute frauduleuse), l'agent de change et le courtier sont passibles des travaux forcés à perpétuité.

A quoi tient cette rigueur particulière? Il est facile de le comprendre quand on étudie l'historique de l'art. 404 du Code pénal. D'après le projet de la Commission, les agents de change et les courtiers qui faisaient faillite étaient punis dans les mêmes cas et des mêmes peines que les commerçants ordinaires. Dans la discussion au Conseil d'État, M. Jaubert rappela l'art. 89 du Code de commerce, et proposa d'appliquer à l'agent de change et au courtier, *pour le seul fait de la faillite*, la peine de la banqueroute frauduleuse. « La distinction entre les deux espèces de « banqueroute, disait-il, est fondée à l'égard des négociants : il « est juste qu'à l'égard de ceux qui, par état, sont exposés à des « chances, on distingue entre le crime et le malheur. Mais elle « serait mal appliquée si on l'étendait aux agents de change et « aux courtiers. La loi défend à ceux-ci de faire le com-« merce (1) : il semble, en conséquence, que, lorsqu'ils viennent « à faillir, ils doivent toujours être punis comme banquerou-« tiers frauduleux. » La Section du Conseil d'État présenta un article conçu en ce sens. Quelques membres réclamèrent

(1) Voy., en effet, les art. 85 et 86 du Code de commerce.

contre cette disposition, en disant qu'il n'était ni juste ni utile de punir le malheur comme la fraude. A quoi il fut répondu : « Il y a fraude, par cela seul qu'un agent de change ou un cour- « tier négocie pour son compte; il est d'ailleurs probable, dans « ce cas, qu'il ne fait ses affaires qu'aux dépens de ses clients et « parce qu'il joue sur leurs fonds. » Enfin M. Defermon, partant de l'idée que la pénalité doit varier suivant que l'agent se trouve ou ne se trouve pas dans un cas de banqueroute frauduleuse, proposa d'appliquer tantôt la peine des travaux forcés à perpétuité, et tantôt celle des travaux forcés à temps. C'est le système qui a passé dans la loi. — En résumé, on le voit, si l'agent de change et le courtier sont punis par cela seul qu'ils font faillite, cette rigueur tient à ce que le fait même de leur faillite implique nécessairement qu'ils ont méconnu leurs devoirs et qu'ils ont violé la loi (1).

La disposition de l'art. 404 du Code pénal peut donc se justifier en théorie. Mais, quand on se place à un point de vue pratique, on arrive à reconnaître que par cette pénalité exorbitante le législateur a dépassé le but qu'il voulait atteindre. Il y a certainement du vrai dans les observations suivantes que M. Bravard présentait en 1835 : « Ces dispositions pénales « auraient dû être adoucies, d'autant plus que leur excessive « sévérité en empêche l'application. La preuve, c'est que de- « puis 1817 il y a eu vingt et une faillites d'agents de change, « qui tous, d'après le texte de la loi, auraient dû être condam- « nés au moins à la peine des travaux forcés à temps, quelles « que fussent les circonstances de leur faillite et par cela seul « qu'ils étaient en faillite ; et cependant à peine quelques-uns « ont-ils été poursuivis, et un seul, je crois, a été condamné; « encore ne suis-je pas bien sûr qu'il l'ait été. — Evidemment « un pareil état de choses appelait l'attention du législateur, il « indiquait une réforme à faire dans la pénalité, et il est à re-

(1) Comp. MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, 4e édition, t. v, no 1979.

« gretter que cette réforme nécessaire ne se trouve pas dans le « nouveau projet, où l'on ne saurait se dispenser de l'intro- « duire : car, encore une fois, toute pénalité exagérée choque « la raison et assure l'impunité des coupables » (1).

Pour terminer ce que j'ai à dire de la pénalité en matière de banqueroute frauduleuse, j'indique rapidement certaines conséquences que la loi attache à la condamnation.

Celui qui est condamné à la peine des travaux forcés à temps ou de la réclusion est par là même frappé de dégradation civique (2). Il est, de plus, pendant la durée de sa peine, en état d'interdiction légale ; il lui est nommé un tuteur et un subrogé-tuteur pour gérer et administrer ses biens (3). Il y a différents cas dans lesquels la loi veut ou du moins permet que le failli procède en personne à tel ou tel acte, figure en personne à telle ou telle opération (4) : le failli, condamné à la peine des travaux forcés à temps ou de la réclusion, sera alors représenté par son tuteur, celui-ci devant défendre ses intérêts à l'encontre de la masse.

Quant à celui qui est condamné à la peine des travaux forcés à perpétuité (ce qui peut se présenter, aux termes de l'art. 404 du Code pénal, pour l'agent de change ou le courtier convaincu de banqueroute frauduleuse), sous l'empire du Code pénal de 1810 et même depuis la loi de 1832, il était frappé de mort civile (5). Aujourd'hui, d'après la loi du 31 mai 1854, *abolitive de la mort civile*, il est frappé de dégradation civique et d'interdiction légale ; le testament qu'il aurait fait antérieu-

(1) *Examen comparatif*, p. 141 et 142.

(2) Art. 28 du Code pénal.

(3) Art. 29, 30 et 31 du Code pénal.

(4) Voy., par exemple, les art. 443 *in fine*, 467, 475, 479, 486, 487, 494, 528, 529 *in fine*, 532, 537, 570 et 580 du Code de commerce.

(5) Voy. l'art. 18 du Code pénal. La mort civile était encourue au moment de l'exécution, en cas de condamnation contradictoire, et cinq ans après l'exécution, en cas de condamnation par contumace (C. Nap., art. 26 et suiv.).

rement à sa condamnation contradictoire, devenue définitive, est nul; il ne peut recevoir par donation entre-vifs ou par testament, si ce n'est pour cause d'aliments, et il ne peut disposer à ce titre, si ce n'est aussi pour cause d'aliments (1). Du reste, le Gouvernement peut relever le condamné de tout ou partie des incapacités qui viennent d'être indiquées.

Enfin il faut bien remarquer que le failli condamné comme banqueroutier frauduleux, fût-ce simplement à une peine correctionnelle, est indigne d'obtenir un concordat, et que même le concordat qu'il aurait obtenu avant cette condamnation devrait être annulé (2).

§ III. De la procédure en matière de banqueroute frauduleuse.

Le Code de 1808 disait, dans son art. 595 : « Les cas de banqueroute frauduleuse seront poursuivis d'office devant les « Cours d'assises, par les procureurs impériaux et leurs substituts, sur la notoriété publique, ou sur la dénonciation soit « des syndics, soit d'un créancier. » Cette disposition a été supprimée en 1838, de sorte qu'aujourd'hui il faut appliquer purement et simplement les règles générales posées au Code d'instruction criminelle. En conséquence, l'autorité (c'est-à-dire le ministère public et le juge d'instruction) peut être informée, soit par le bruit public, soit par des rapports ou procès-verbaux d'officiers de police, soit par la dénonciation de toute personne qui a connaissance du crime (3), soit par la plainte de

(1) Le condamné étant interdit légalement, n'était-il pas inutile de décider d'une manière spéciale qu'il est incapable de disposer à titre gratuit ? Pour comprendre que cela n'est pas inutile, il suffit de supposer que l'interdiction légale vient à cesser par l'effet de la grâce ou parce que le condamné a prescrit sa peine.

(2) Voy. les art. 510, 520 et 522 du Code de commerce.

(3) Code d'instr. crim., art. 30 et 31.

toute personne qui se prétend lésée (1). Ce qu'il y a ici de spécial, ce sont certaines dispositions du Code de commerce par suite desquelles le ministère public sera toujours instruit des circonstances que peut présenter une faillite déclarée : voy. les art. 459 et 482. — La Cour d'assises, à la différence du tribunal correctionnel, n'est jamais saisie par citation directe (2) : en principe, elle est saisie par un arrêt de mise en accusation. Et je crois que la Chambre des mises en accusation ne peut ainsi renvoyer un homme devant la Cour d'assises sous l'accusation de banqueroute frauduleuse qu'autant que la faillite de cet homme a été d'abord déclarée conformément à la loi commerciale.

Devant la Cour d'assises, les syndics peuvent sans difficulté se porter partie civile au nom de la masse, et même, comme nous le verrons bientôt, ils n'ont pas besoin de se faire autoriser à cet effet par une délibération des créanciers. De plus, la loi suppose expressément, dans l'art. 592 *in fine*, qu'un ou plu-

(1) Code d'instr. crim., art. 63 et suiv.

(2) La Cour de cassation a fait une application assez curieuse de ce principe général, en décidant, par son arrêt du 3 juillet 1841, que le créancier d'un commerçant failli traduit en police correctionnelle sous prévention de banqueroute simple n'a pas qualité pour demander qu'il soit renvoyé devant la Cour d'assises comme banqueroutier frauduleux. Voici les *considérants* de l'arrêt : « Attendu que le droit qu'avait le créancier, d'après « l'art. 584 du Code de commerce, de poursuivre directement le failli devant le tribunal correctionnel pour banqueroute simple, n'implique pas « la faculté de décliner la compétence de la juridiction correctionnelle, « légalement saisie de l'affaire par une ordonnance de la Chambre du con« seil non attaquée dans les termes de droit; — Attendu que les art. 591 « et 592 du Code de commerce, relatifs à la poursuite en banqueroute « frauduleuse, ne donnent pas aux créanciers, pris individuellement, le « droit d'intenter l'action en banqueroute frauduleuse ni celui de saisir la « juridiction criminelle; — Attendu qu'il importe peu que le créancier eût « intérêt, d'après l'art. 510 du Code de commerce, à obtenir la condam« nation de F. pour banqueroute frauduleuse, afin d'empêcher son admis« sion au concordat; que cet intérêt éventuel n'impliquait pas le droit de « requérir alors des dommages-intérêts, et ne lui donnait que le droit « d'être présent aux débats et de discuter les faits, mais non celui de dé« cliner la juridiction correctionnelle... » (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 1476).

sieurs créanciers peuvent se porter parties civiles, en leur nom personnel.

Il ne saurait y avoir banqueroute frauduleuse, et, par conséquent, complicité de banqueroute frauduleuse, que là où il existe un commerçant failli. Une jurisprudence constante veut que le jury soit consulté sur l'existence de cette qualité de commerçant failli (1). Voici même un arrêt de la Cour de cassation, d'après lequel il ne suffit pas que la question posée au jury comprenne le point de savoir si l'individu considéré comme auteur principal du crime de banqueroute frauduleuse est en état de faillite :

« La Cour,

« Attendu, en fait, que la question sur laquelle le jury a été « consulté, et qu'il a résolue affirmativement, est ainsi conçue : « *M. est-il coupable d'avoir, en* 1841, *dans l'intérêt de la femme « D. en état de faillite, et connaissant cet état, recélé partie de « son mobilier?* — Que cette question est incomplète, en ce que « la qualité de commerçant n'est pas donnée à la femme D., et « qu'ainsi il n'est pas légalement constaté par la déclaration du « jury que M. ait recélé partie des biens d'un commerçant « failli, ce qui peut seul constituer le crime défini par le § 1 de « l'art. 593 du Code de commerce ; — D'où il suit que l'arrêt « attaqué, en condamnant M. aux peines de la banqueroute « frauduleuse, a faussement appliqué et par suite formellement « violé ledit article :

« Casse l'arrêt rendu par la Cour d'assises du département « de la Seine-Inférieure... » (2).

(1) Dans mon opinion, la qualité de *commerçant failli* est constatée par un jugement du tribunal de commerce, et ce jugement est la condition préalable de toute poursuite en banqueroute : le jury n'a donc pas besoin d'être consulté sur la question de savoir si l'accusé est un *commerçant failli*, puisque cette question doit avoir été déjà résolue, et résolue affirmativement, par la seule juridiction qui puisse la résoudre, c'est-à-dire par la juridiction commerciale.

(2) Arrêt de la Chambre criminelle, du 18 octobre 1842 (Dev.-Car., 42, 1, 953).

Ainsi, d'après la jurisprudence, le jury doit être interrogé sur la question de savoir si l'individu accusé du crime de banqueroute frauduleuse, ou l'individu dont l'accusé aurait été complice, est réellement un commerçant failli (1). — Du reste, il ne faut pas oublier que cette qualité de commerçant failli, étant un élément constitutif et non pas une circonstance aggravante de la banqueroute frauduleuse, ne peut pas faire l'objet d'une question distincte et séparée : elle doit nécessairement être comprise dans la question sur le fait principal (2). C'est aussi ce que la Cour de cassation a reconnu, de la manière la plus formelle, par son arrêt du 20 mars 1846 (3).

Le jury n'est pas tenu de savoir ce que la loi entend par *banqueroute frauduleuse*, quels sont précisément les cas dans lesquels un commerçant déclaré en faillite se trouve avoir commis

(1) Les commerçants seuls pouvant être mis en faillite, il semblerait qu'il n'y a aucune différence entre cette question : *Paul est-il un commerçant failli?* et celle-ci : *Paul est-il en état de faillite?*

(2) Voy. les art. 337 et 338 du Code d'instr. crimin., et l'art. 1er de la loi du 13 mai 1836 *sur le mode du vote du jury au scrutin secret*. Comp., ci-dessus, p. 16.

(3) Dev.-Car., 46, 1, 584.

Cette doctrine est enseignée par M. Ortolan, qui, dans ses *Eléments de droit pénal*, après avoir dit que l'art. 1er de la loi du 13 mai 1836 a consacré une division à laquelle la force de la logique avait déjà amené la jurisprudence, continue en ces termes (no 1876) : « Les questions à poser seront « donc celles-ci : 1° La question sur le fait principal, qui devra compren« dre tous les éléments constitutifs du crime ou du délit, objet de la pour« suite ; — 2° les circonstances aggravantes, tant celles comprises dans « l'acte d'accusation que celles résultant des débats, lesquelles devront faire « chacune l'objet d'une question séparée... » — Mais la Cour de cassation vient tout à coup d'abandonner cette doctrine. Dans son arrêt du 6 août 1863, elle commence par reconnaître que, dans le cas de parricide, la qualité de la victime est un élément constitutif et non pas une circonstance aggravante du crime. Cependant elle ajoute qu'il importe peu que cette qualité soit réunie dans une même question au fait d'homicide volontaire, ou qu'elle en soit détachée par une question séparée, puisque, dans l'un comme dans l'autre cas, la Cour d'assises peut user de la faculté qui lui est réservée par l'art. 352 du Code d'instruction criminelle; que de la division des questions ne peut donc résulter un préjudice pour l'accusé, ni par conséquent un moyen de nullité.

ce crime. En conséquence, on ne doit pas demander au jury si l'accusé est coupable du crime de banqueroute frauduleuse, mais si l'accusé est coupable d'avoir soustrait ses livres, d'avoir détourné ou diminué une partie de son actif, ou enfin de s'être frauduleusement reconnu, soit dans ses écritures, soit par des actes publics ou des engagements sous signature privée, soit par son bilan, débiteur de sommes qu'il ne devait pas (1).

Conformément à l'art. 637 du Code d'instruction criminelle, l'action du ministère public se prescrit par dix ans. Le crime de banqueroute frauduleuse supposant (2) que la faillite a été déclarée dans les formes prescrites par la loi commerciale, il s'ensuit que les dix ans donnés au ministère public ne peuvent jamais commencer à courir avant le jugement déclaratif; mais il est possible, au contraire, qu'ils ne commencent à courir qu'un certain temps après ce jugement déclaratif, si les faits indiqués dans l'art. 591 se sont produits postérieurement (3). Au surplus, il est bien entendu que, dans tous les cas, la prescription, qui a une fois commencé à courir, peut être interrompue par des actes d'instruction ou de poursuite.

§ IV. Des frais de poursuite en banqueroute frauduleuse.

Les règles posées par la loi en cette matière ne sont pas absolument les mêmes que quand il s'agissait de la poursuite en banqueroute simple.

Supposons d'abord qu'il n'y a pas eu constitution de partie civile. Si l'accusé est acquitté, les frais resteront à la charge du Trésor public. S'il est condamné, il n'y a aucune raison pour ne

(1) Dalloz (*Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 1459) cite en ce sens un arrêt de la Cour de cassation, du 11 juillet 1816. Voy. aussi M. Bédarride, t. III, n° 1258.

(2) Telle est du moins ma conviction.

(3) Voy. M. Bédarride, t. III, n° 1259.

pas décider ici comme au cas de poursuite en banqueroute simple : les frais de poursuite ne peuvent pas être mis à la charge de la masse (1). C'est aussi ce que dit expressément le 1er alinéa de l'art. 592.

En second lieu, supposons qu'un ou plusieurs créanciers se sont rendus parties civiles en leur nom personnel. L'art. 592 *in fine* décide, conformément au droit commun (2), que les frais, en cas d'acquittement, demeureront à leur charge. En cas de condamnation, il faut dire que le Trésor public recouvrera les frais contre le condamné, quand il le pourra sans nuire à la masse.

Enfin, et c'est la seule hypothèse qui puisse donner lieu à quelque difficulté, supposons que les syndics se sont portés partie civile au nom de la masse. Il est clair que, si l'accusé est condamné, la masse ne devra en aucune façon supporter les frais. Maintenant, *quid* s'il est acquitté? En appliquant ici la règle de droit commun, il faudrait dire que les frais sont à la charge de la partie civile, c'est-à-dire à la charge de la masse. Mais la loi paraît bien avoir voulu déroger à cette règle, puisque le 1er alinéa de l'art. 592 dit, en termes généraux : « Les frais de « poursuite en banqueroute frauduleuse ne pourront, en aucun « cas, être mis à la charge de la masse. » Évidemment cette disposition ne comprend pas seulement le cas où les syndics sont restés étrangers à la poursuite exercée par le ministère public ; elle s'applique également au cas où les syndics se sont portés partie civile. Sur quoi peut être fondée cette dérogation au droit commun ? Sur ce que, dans une poursuite en banqueroute frauduleuse, la coopération des syndics est particulièrement utile pour la découverte de la vérité, pour la punition du coupable : on comprend que dans une foule de circonstances les syndics pourront communiquer à la justice des renseignements qui ne lui parviendraient pas si les syndics n'étaient pas associés à la poursuite, et bien souvent les créanciers les empêcheraient de s'y

(1) Voy. le 1er alinéa de l'art. 587, et ci-dessus, p. 65 et suiv.
(2) Voy. l'art. 368 du Code d'instr. crim.

associer s'ils pouvaient craindre que les frais ne fussent mis en définitive à leur charge. Ainsi, quand il s'agit de banqueroute frauduleuse, la loi a voulu que les syndics pussent toujours, sans péril pour la masse, se porter partie civile; et c'est aussi ce qui nous explique pourquoi, à la différence de ce que nous avons vu en matière de banqueroute simple (art. 589), la loi n'exige aucunement que les syndics se fassent autoriser par une délibération des créanciers (1).

Dans les *frais de poursuite* dont parle l'art. 592 il faut certainement comprendre les *frais d'extradition*. Si donc le failli s'était réfugié en pays étranger, que le Gouvernement français ait demandé et obtenu son extradition et qu'enfin il ait été condamné comme banqueroutier frauduleux, la masse ne devra pas plus supporter les frais occasionnés par l'extradition que les autres frais de poursuite (2).

Des difficultés se sont élevées dans la pratique pour le cas où le failli, poursuivi en Cour d'assises, a été reconnu coupable du crime de banqueroute frauduleuse et encore d'un autre crime, par exemple du crime de faux. La Cour de cassation, par deux arrêts du 11 août 1837, a décidé qu'en cas pareil il y avait lieu de faire une ventilation et que les frais concernant l'accusation de banqueroute frauduleuse devaient seuls rester à la charge du Trésor public. Voici comment la Cour motive sa décision : « L'art. 592

(1) Ainsi jugé par un arrêt de la Cour de Rouen, du 23 mai 1840 : « Attendu « que l'art. 589 du Code de commerce est spécial à la banqueroute simple, « que sa disposition n'a pas été reproduite au Chapitre *De la banqueroute* « *frauduleuse;* — Que les syndics de la faillite F., en se constituant partie « civile dans la poursuite en banqueroute frauduleuse, ont usé d'un droit « que la loi ne leur refuse pas et que les accusés sont sans qualité pour « leur refuser... » (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 1473).

« La loi a considéré, dit M. Renouard, que l'intérêt de la société com- « mande de n'entraver par aucune crainte de préjudice pour la masse le « concours que les syndics doivent prêter à l'action de la justice répres- « sive » (t. II, p. 471). Voy. aussi M. Bédarride, t. III, n° 1261.

(2) Sur *l'extradition* en général, voyez Fœlix, *Traité du droit international privé*, t. II, n^os^ 608 et suiv. Voy. aussi M. Renouard, t. II, p. 455 et suiv.

« du Code de commerce, qui ne permet, en aucun cas, de met-
« tre à la charge de la masse les frais de poursuite en banque-
« route frauduleuse, est une dérogation au droit commun sur le
« recouvrement des frais ; cette disposition exceptionnelle ne
« peut être étendue hors des limites dans lesquelles elle est cir-
« conscrite par ses termes : spéciale aux frais de poursuite en
« banqueroute frauduleuse, elle ne saurait dès lors, même sous
« prétexte de connexité, s'appliquer aux frais de poursuite en
« matière de faux... » (1).

(1) Etant une fois admis, et je crois qu'il faut effectivement l'admettre, que le 1er alinéa de l'art. 592 ne peut jamais, sous aucun prétexte, s'appliquer à autre chose qu'aux frais de la poursuite en banqueroute frauduleuse, une difficulté subsidiaire se présente. L'arrêt de la Cour d'assises, qui a condamné l'accusé *comme faussaire* aux frais de la poursuite, peut-être aussi à des dommages-intérêts et à une amende, cet arrêt est postérieur au jugement déclaratif de la faillite : dès lors le principe du dessaisissement (C. de comm., art. 443) ne s'oppose-t-il pas à ce que le Trésor public et les parties civiles puissent venir se faire payer au détriment de la masse? La Cour de cassation répond par une distinction qui me paraît parfaitement exacte :

« La créance résultant des frais avancés par le Trésor public ne procède « pas seulement de l'arrêt de condamnation qui les liquide et les met à la « charge du condamné, elle procède surtout des faits qui ont rendu la pour- « suite nécessaire. A l'égard de ces faits, l'arrêt de condamnation n'a fait « que constater et déclarer en faveur du Trésor public un droit préexistant : « une telle créance affecte, dès lors, les biens du condamné, au même titre « que toute autre obligation civile, qui, ayant une cause antérieure à la « déclaration de faillite du condamné, aurait été judiciairement reconnue « et déclarée à une époque ultérieure. D'où il suit qu'en jugeant que l'Ad- « ministration serait admise au passif de la faillite M., avec privilége pour « les frais de poursuite relatifs aux crimes de faux dont le failli condamné « s'était rendu coupable dans une période antérieure à la déclaration de « faillite, l'arrêt dénoncé a fait une juste application de la loi du 5 septem- « bre 1807, et n'a violé ni l'art. 592 du Code de commerce ni aucune autre « loi.

« Mais il résulte de l'ensemble des dispositions des art. 439 et suiv. du « Code de commerce que la déclaration de faillite dessaisit le failli de l'ad- « ministration de ses biens, et opère de ce moment, en faveur de ses créan- « ciers, une main mise avec droit de gage sur tout son actif : le sort de la « masse et la position des créanciers se trouvant ainsi fixés par l'événement « de la faillite déclarée, aucune créance nouvelle ne peut, à partir de ce « moment, être créée au préjudice de la masse et concourir avec les créan-

L'arrêt de la Cour d'assises qui condamne le failli comme banqueroutier frauduleux doit être affiché et publié suivant les formes établies par l'art. 42 du Code de commerce. Le Code de 1808 prescrivait déjà, dans son art. 599, que les arrêts contre les banqueroutiers fussent affichés et insérés dans un journal ; mais il ajoutait : *conformément à l'art. 683 du Code de procédure civile.* Aujourd'hui le nouvel art. 600, au lieu de renvoyer au Code de procédure, renvoie aux formes requises pour la publi-

« ces dont l'existence ou l'origine est antérieure à la déclaration de faillite. L'amende, prononcée contre le condamné à raison des crimes de « faux dont il a été reconnu coupable, a un caractère essentiellement pénal ; si elle a sa cause dans les faits qui ont provoqué l'action de la justice répressive, elle n'a d'existence que par l'arrêt de condamnation. Cet « arrêt n'a pas, à l'égard de la peine, comme il aurait, à l'égard des obligations purement civiles, telles que celles qui ont pour objet des restitutions, des dommages-intérêts ou des frais, un effet simplement déclaratif qui puisse, par une juste rétroactivité, faire remonter le droit du « Trésor public, pour l'exécution de la peine de l'amende, à une époque « antérieure. La créance acquise au Trésor public par la peine de l'amende, « ne procédant pas d'un dommage envers le fisc et n'existant que du jour « où elle est prononcée par la justice répressive, n'a pu, par conséquent, « remonter comme créance ordinaire au passif de la faillite et affecter ainsi « rétroactivement par privilége le cautionnement de l'ancien notaire con- « damné, lorsque, comme dans l'espèce, ce cautionnement avait accompli « sa destination légale et s'était confondu, sauf les droits acquis à des tiers, « avec les autres éléments de l'actif de la faillite. D'où il suit qu'en déclarant l'Administration recevable et fondée à se présenter à la faillite « comme créancière de l'amende, avec affectation privilégiée sur le cautionnement..., l'arrêt dénoncé a fait une fausse application soit de l'art. 33 « de la loi du 25 ventôse an XI, soit de l'art. 1er de celle du 25 nivôse « an XIII, et violé la disposition de l'art. 443 du Code de commerce..... » (Dev.-Car., 57, 1, 751).

Un jugement du tribunal de commerce de Nantes, du 3 juillet 1847, confirmé en appel le 27 décembre de la même année, avait déjà décidé, par application de l'art. 443 du Code de commerce, que l'amende prononcée contre un failli, même pour faits antérieurs à la déclaration de faillite, ne peut pas être recouvrée sur l'actif de la faillite au préjudice de la masse (Dev.-Car., 49, 2, 474).

Quant aux dommages-intérêts alloués depuis la déclaration de faillite pour faits antérieurs, la partie civile qui les a obtenus viendra bien sur l'actif de la faillite ; mais, par application de l'art. 446 *in fine*, elle n'aura pas d'hypothèque judiciaire à l'encontre de la masse.

cite des sociétés commerciales. Ce même art. 600 dit que l'affiche et la publication seront faites *aux frais des condamnés :* l'art. 592 n'est pas applicable : les frais dont il s'agit, qui ne sont pas des *frais de poursuite*, seront pris sur l'actif du failli, et, par conséquent, seront supportés, en réalité, par la masse.

CHAPITRE III.

DES CRIMES ET DES DÉLITS COMMIS DANS LES FAILLITES PAR D'AUTRES QUE PAR LES FAILLIS.

Ces personnes, autres que le failli, qui commettent des crimes ou des délits dans une faillite, c'est-à-dire à l'occasion d'une faillite, peuvent être, suivant les cas :

1° Des tiers qui encourent la peine de la banqueroute frauduleuse ou la peine du vol (art. 593-595);

2° Des syndics qui se rendent coupables de malversation dans leur gestion (art. 596);

3° Des créanciers qui font avec le failli ou avec un tiers certaines conventions nuisibles à la masse ou contraires à l'ordre public (art. 597-599).

Nous allons étudier successivement les règles qui concernent ces différentes classes de personnes. Auparavant nous pouvons poser une règle commune à toutes, commune également à tout individu condamné comme banqueroutier simple ou comme banqueroutier frauduleux : c'est que l'arrêt ou le jugement qui prononce la condamnation doit toujours être affiché et publié aux frais du condamné (art. 600).

§ I. Des tiers qui encourent la peine de la banqueroute frauduleuse ou la peine du vol.

Au nombre des personnes autres que le failli qui encourent la peine de la banqueroute frauduleuse, nous plaçons d'abord les complices du failli banqueroutier frauduleux. Le Code de 1808 limitait à deux les cas de complicité en matière de banqueroute frauduleuse. En effet, l'art. 597 était ainsi conçu : « Seront dé-« clarés complices des banqueroutiers frauduleux, et seront « condamnés aux mêmes peines que l'accusé (1), les individus « qui seront convaincus de s'être entendus avec le banquerou-« tier pour recéler ou soustraire tout ou partie de ses biens « meubles ou immeubles ; d'avoir acquis sur lui des créances « fausses, et qui, à la vérification et affirmation de leurs créan-« ces, auront persévéré à les faire valoir comme sincères et « véritables » (2). Et le Code pénal de 1810 avait consacré ce système, en disant, dans son art. 403 : « Ceux qui, *conformément* « *au Code de commerce,* seront déclarés complices de banque-

(1) Cette expression n'est pas heureuse. Il est évident que les individus dont parle la loi ne seront pas condamnés sans être eux-mêmes *accusés*. Au lieu de dire *l'accusé*, il fallait dire *l'auteur principal*. — Par suite de cette rédaction vicieuse de l'ancien art. 597, on a pu soutenir, jusque devant la Cour de cassation, que, le banqueroutier frauduleux étant mort avant d'être poursuivi, il n'y avait pas possibilité de poursuivre et de condamner ses complices.

(2) Les rédacteurs de cet art. 597 ont évidemment emprunté quelque chose à l'Ordonnance de 1673, laquelle s'exprimait ainsi (Titre XI, art. 13) : « Ceux qui auront aidé ou favorisé la banqueroute frauduleuse, en divertis-« sant les effets, acceptant des transports, ventes ou donations, simulés et « qu'ils sauront être en fraude des créanciers, ou se déclarant créanciers « ne l'étant pas, ou pour plus grande somme que celle qui leur était due, « seront condamnés en 1,500 livres d'amende, et au double de ce qu'ils « auront diverti ou trop demandé, au profit des créanciers. »

« route frauduleuse, seront punis de la même peine que les ban-
« queroutiers frauduleux » (1).

Le législateur de 1838 a établi un système tout différent. Aux termes du nouvel art. 593, « seront condamnés aux peines de la « banqueroute frauduleuse : 1° les individus convaincus d'a-« voir, dans l'intérêt du failli, soustrait, recélé ou dissimulé « tout ou partie de ses biens, meubles ou immeubles, le tout « sans préjudice des autres cas prévus par l'art. 60 du Code « pénal (2) ; 2° les individus convaincus d'avoir frauduleusement « présenté dans la faillite et affirmé, soit en leur nom, soit par « interposition de personnes, des créances supposées....» Ainsi, d'une part, tandis que le Code de 1808 indiquait limitativement deux cas de complicité en matière de banqueroute frauduleuse, la loi nouvelle rend applicables en cette matière les règles générales sur la complicité formulées dans l'art. 60 du Code pénal (3) ; d'autre part, tandis que, d'après le Code de 1808, un individu ne pouvait être déclaré complice de banqueroute frauduleuse et puni comme tel qu'autant que, *de concert avec un banqueroutier frauduleux*, il avait recélé ou soustrait tout ou partie de ses biens ou acquis sur lui une créance fausse qu'il avait ensuite affirmée véritable, aujourd'hui au contraire la peine de la banqueroute

(1) Les art. 555 et 556 du Code de 1808 contenaient encore deux cas particuliers de complicité de banqueroute frauduleuse : ces deux cas paraissent en dehors du système de l'art. 597. Voy. cependant Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 1503.

(2) L'art. 60 du Code pénal est ainsi conçu : « Seront punis comme com-« plices d'une action qualifiée *crime* ou *délit* : ceux qui, par dons, promes-« ses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machinations ou artifices « coupables, auront provoqué à cette action ou donné des instructions « pour la commettre ; — ceux qui auront procuré des armes, des instru-« ments ou tout autre moyen qui aura servi à l'action, sachant qu'ils de-« vaient y servir ; — ceux qui auront, avec connaissance, aidé ou assisté « l'auteur ou les auteurs de l'action dans les faits qui l'auront préparée ou « facilitée ou dans ceux qui l'auront consommée... »

(3) En conséquence, les expressions de l'art. 403 du Code pénal, *conformément au Code de commerce*, n'ont plus, depuis 1838, l'importance qu'elles avaient auparavant. — Comp. MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, *Théorie du Code pénal*, 4e édition, t. v, n^{os} 1971 et 1972.

frauduleuse est applicable à l'individu qui, *dans l'intérêt du failli* (même sans que le failli soit de connivence avec lui, même sans que le failli soit coupable de banqueroute frauduleuse), a soustrait, recélé ou dissimulé tout ou partie de ses biens, s'est frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé comme créancier (1).

Maintenant que nous connaissons les deux différences fondamentales entre le système de 1808 et celui de 1838, étudions les questions de détail auxquelles peut donner lieu le nouvel art. 593.

Lorsqu'un individu est poursuivi comme complice du crime de banqueroute frauduleuse, par application de l'art. 60 du Code pénal, par exemple comme ayant procuré au failli le moyen de soustraire ses livres ou de détourner une partie de son actif, il n'y a nullement à rechercher s'il est commerçant failli. Pour être condamné comme auteur principal du crime de banqueroute frauduleuse, il faut nécessairement avoir la qualité de commerçant failli ; mais, sans avoir cette qualité, on peut très-bien être complice du crime dont il s'agit et être condamné comme tel.

Il résulte du texte de la loi que le complice est condamné aux peines de la banqueroute frauduleuse, comme l'auteur principal. Mais évidemment cela ne veut pas dire que la même pénalité devra toujours être infligée à l'auteur et au complice. Loin de là, il peut très-bien arriver que l'un d'eux soit condamné à vingt ans de travaux forcés (même à quarante ans au cas de récidive), tandis que l'autre ne sera condamné qu'à cinq ans, ou même ne sera condamné, s'il a obtenu déclaration de circonstances atténuantes, qu'à la réclusion ou à l'emprisonnement. Bien plus, le jury peut parfaitement déclarer l'auteur principal non coupable, tout en déclarant le complice coupable : en effet,

(1) Voy., en ce sens, les arrêts de la Cour de cassation, du 2 mai 1840 et du 3 juin 1843 (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 1483). Voy. aussi MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, *op. cit.*, n° 1972.

la culpabilité suppose l'intention frauduleuse, et il est possible que cette intention frauduleuse ait existé chez le complice, non chez l'auteur principal du fait incriminé : le complice seul, en cas pareil, sera condamné. Ce dernier point a fait, pendant quelque temps, difficulté dans la jurisprudence ; mais la Cour de cassation s'est prononcée plusieurs fois dans le sens qui vient d'être indiqué (1).

On n'est pas complice d'un crime lorsqu'on a aidé ou assisté l'auteur d'une action dans les faits qui l'ont préparée, facilitée ou consommée, sans savoir que cette action était criminelle. En conséquence, le président de la Cour d'assises ayant posé aux jurés la question suivante : *L'accusé est-il coupable d'avoir, en* 1846, *à Cherbourg, aidé ou assisté M., commerçant failli, dans les faits qui ont préparé, facilité ou consommé le détournement opéré par celui-ci d'une partie de son actif?* la Cour de cassation a décidé « que l'omission des mots *avec connaissance* a dépouillé « la question soumise au jury de l'un des éléments constitutifs « de la complicité criminelle..., que dès lors la condamnation « prononcée en vertu des art. 60 et 402 du Code pénal manque « de base légale, » et elle a cassé l'arrêt de la Cour d'assises (2). — La Cour de cassation exige également que la question soumise au jury relativement à l'individu accusé de complicité comprenne celle de savoir si l'auteur principal est un commerçant failli.

Voilà pour l'application des principes généraux sur la complicité à la matière de la banqueroute frauduleuse. Mais nous savons déjà que le nouvel art. 593 indique, en outre, des cas où un tiers qui n'est point *complice* du crime de banqueroute frauduleuse dans le sens propre du mot, sera cependant condamné

(1) Voy. notamment l'arrêt de la Chambre criminelle, du 9 février 1855 (Dev.-Car., 55, 1,237). — Comp. MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, *op. cit.*, n° 1972; et M. Blanche, *Études pratiques sur le Code pénal*, 2e étude, p. 120 et suiv.

(2) Arrêt de la Chambre criminelle, du 14 octobre 1847 (Dev.-Car., 48, 1, 96).

aux peines de la banqueroute frauduleuse. Étudions successivement les cas dont il s'agit.

L'art. 593 suppose d'abord le cas où, dans l'intérêt du failli, un individu a soustrait, recélé ou dissimulé tout ou partie des biens meubles ou immeubles de ce failli. Ici, je l'ai déjà dit, il n'est point nécessaire qu'il y eût concert entre le failli et le tiers (1) : s'il y avait concert entre eux, le failli serait auteur principal, le tiers serait complice du crime de banqueroute frauduleuse, et nous tomberions dans un cas déjà examiné. Il faut seulement que le tiers ait agi *dans l'intérêt du failli*, sans quoi il pourrait bien y avoir vol, mais il n'y aurait pas le crime *sui generis* prévu au commencement de l'art. 593. Aussi la Cour de cassation a-t-elle jugé plusieurs fois que la question soumise au jury doit exprimer que la soustraction, le recel ou la dissimulation a eu lieu dans l'intérêt du failli (2).

L'art. 593 prévoit ensuite le cas où des individus ont frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé des créances supposées. Dans ce cas comme dans le précédent, il n'est nullement nécessaire que les individus dont il s'agit fussent d'accord avec le failli : la loi punit un crime *sui generis* qui peut être commis par un tiers dans une faillite, et non pas une espèce de complicité du crime de banqueroute frauduleuse. Faut-il du moins,

(1) Ci-dessus, p. 95 et 96.

(2) Voy. les arrêts du 18 mars 1852 et du 21 décembre 1854 (Dev.-Car., 53, 1, 446; 55, 1, 79). — La Cour de cassation parle, du reste, un langage inexact lorsqu'elle dit : « Il ressort expressément de l'art. 593 que la loi « spéciale a innové au cas où il s'agit de la complicité par recélé, et qu'elle « a exigé, en dehors des conditions constitutives énumérées par l'art. 62 « du Code pénal, cette condition particulière que le recélé ait eu lieu dans « l'intérêt du failli. » Evidemment le n° 1 de l'art. 593 prévoit un crime *sui generis* qui peut être commis dans une faillite par un autre que par le failli, et non pas seulement une espèce de complicité du crime de banqueroute frauduleuse. Encore une fois, le mot *complicité* est impropre là où le fait même de la soustraction, du recélé ou de la dissimulation, peut avoir eu lieu à l'insu du failli.

Comp. MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, *op. cit.*, 2e 1971; M. Blanche, *op. cit.*, 2e étude, n° 142.

comme dans le cas précédent, que le tiers ait agi *dans l'intérêt du failli ?* Évidemment le texte ne l'exige pas : ces mots *dans l'intérêt du failli* se trouvent bien dans le n° 1 de notre art. 593, mais ils ne se trouvent pas dans le n° 2. Je crois donc que M. Dalloz tombe dans une véritable erreur quand il dit (1) : « Si le failli est déclaré banqueroutier, ou si le fait de banque- « route est reconnu constant nonobstant l'absence ou l'acquit- « tement de l'accusé principal, le créancier supposé est consi- « déré comme complice; dans le cas contraire, il est auteur « d'un crime *sui generis*, passible des peines de la banqueroute « frauduleuse. Mais il faut, dans les deux hypothèses, que l'af- « firmation de la créance fausse ait eu lieu *dans l'intérêt du* « *failli*, pour qu'elle entraîne la peine attachée à la banque- « route frauduleuse : si c'est dans son intérêt exclusif, ou dans « celui de tout autre que le failli, que le prétendu créancier a « agi, il doit être poursuivi comme voleur » (2). Je ne vois pas sur quoi peut s'appuyer cette doctrine. Aussi la Cour de cassation l'a-t-elle énergiquement repoussée, dans son arrêt du 19 novembre 1859. Voici comment elle s'exprime à cet égard : « Si le « n° 1 de l'art. 593 exige que les faits incriminés aient eu lieu « *dans l'intérêt du failli*, c'est parce que les soustractions, recé- « lés ou dissimulations, énoncés audit n° 1, se rattachent à l'un « des modes de complicité énoncés dans cette disposition pre- « mière : il ne s'agit pas, dans le n° 1 de cet article, d'une sous- « traction ou d'un recélé quelconque, rentrant dans les incrimi- « nations ordinaires de vol ou de recélé, mais d'une soustraction

(1) *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 1490.

(2) M. Faustin Hélie (*op. cit.*, n° 1975) professe à peu près la même doctrine. « La supposition de créances, dit-il, doit également avoir été com- « mise dans l'intérêt du failli, quoique la loi ne l'ait pas répété : il est évi- « dent que cette supposition, faite dans l'intérêt personnel du tiers, ne « serait plus qu'un acte étranger à la faillite et qui aurait le caractère d'un « crime de faux. » M. Faustin Hélie ajoute que telle est la solution implicite de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 2 mai 1840 ; mais je n'ai rien trouvé de semblable dans l'arrêt dont il s'agit. Je l'ai déjà cité (p. 96, note), et j'aurai encore occasion d'y revenir dans un instant.

« ou d'un recélé opéré *dans l'intérêt du failli* et pouvant exister « sans profit personnel pour celui qui l'opère. Dans le n° 2 du « même article, il s'agit, au contraire, d'un fait qui ne peut « prendre naissance, il est vrai, que dans une faillite, mais qui « peut être (et qui était dans l'espèce) non-seulement en dehors « de l'intérêt du failli, mais en opposition avec cet intérêt. Il au- « rait donc été tout à la fois contraire au texte de la loi et à la « vérité des faits de poser la question de savoir si l'affirmation « de la créance avait eu lieu *dans l'intérêt du failli...* » (1).

D'un arrêt de la Cour de cassation, du 2 mai 1840 (2), on serait autorisé à conclure que le crime dont s'occupe notre article 593-2° ne peut exister sans une certaine participation du failli. Voici, en effet, ce que je lis dans les *considérants* de cet arrêt : « Les peines de la banqueroute frauduleuse sont encou- « rues par les individus qui présentent frauduleusement dans « la faillite et y affirment des créances supposées ; ce fait, s'il « suppose dans l'origine une participation du failli, ne prend « cependant le caractère de crime que par une circonstance « entièrement personnelle à son auteur, c'est-à-dire par sa per- « sistance à une simulation qui peut, à l'égard du failli et par « suite de circonstances qui lui seraient personnelles, avoir cessé « d'être frauduleuse. » La Cour a probablement en vue le cas où un commerçant, se voyant sur le point de cesser ses paiements, se reconnaît débiteur envers un tiers à qui il ne doit rien, en convenant que ce tiers lui remettra tout ou partie du dividende qu'il pourra obtenir au préjudice des créanciers sérieux,

(1) Dev.-Car., 60, 1, 180. — Le même arrêt contient une autre décision qui est des plus subtiles. Le crime que punit l'art. 593-2° présuppose évidemment une faillite déclarée, mais n'implique pas de la part du failli une banqueroute frauduleuse : la Cour de cassation en conclut que la question posée au jury n'a pas besoin d'énoncer que le failli était commerçant : « Le « fait prévu par le n° 2, dit la Cour, ne se réfère pas à un cas de banque- « route frauduleuse; il suffit que la faillite existe pour qu'il puisse se pro- « duire : la loi a donc pu se borner à faire entrer dans les éléments con- « stitutifs de ce crime le fait de faillite. » Comp., ci-dessus, p. 87, note 1.

(2) Arrêt déjà cité, ci-dessus, p. 96, note, et p. 99, note 2.

et où ensuite ce commerçant s'arrête dans cette voie criminelle et oppose une dénégation positive à l'affirmation du faux créancier. J'admets parfaitement que, dans un cas de ce genre, l'art. 593-2° est applicable : le failli ne pourra pas être condamné comme ayant commis ou tenté de commettre le crime de banqueroute frauduleuse, et le faux créancier sera condamné comme ayant commis le crime prévu par cette disposition (1). Mais j'ajoute qu'il peut très-bien y avoir lieu à l'application de l'art. 593-2°, lors même que le failli n'aurait jamais eu l'idée d'agir de concert avec le faux créancier. Peut-être celui-ci était-il porteur d'un billet souscrit autrefois par le failli et l'a-t-il gardé après en avoir reçu le montant; peut-être le failli lui avait-il donné un blanc-seing en vue d'une opération qui n'a pas eu lieu, et le tiers a profité de ce blanc-seing pour en faire un billet à son ordre. Peut-être enfin le tiers se présente-t-il comme créancier et vient-il affirmer sa créance, sans en avoir aucun titre signé du failli. La Cour de cassation s'est donc trompée si elle a voulu dire que le crime prévu par l'art. 593-2° suppose nécessairement qu'il y a eu dans l'origine une participation du failli.

Il résulte manifestement du texte de la loi que, pour encourir la peine de la banqueroute frauduleuse, il ne suffit pas de s'être présenté frauduleusement à la faillite comme créancier : le crime n'existe qu'autant que de plus on a affirmé, dans la forme prescrite par l'art. 497 *in fine*, la créance supposée. Aussi la Chambre criminelle a-t-elle cassé, le 13 mars 1851, un arrêt de condamnation rendu par une Cour d'assises sans que la question soumise au jury énonçât le fait par l'accusé d'avoir affirmé la créance supposée (2).

La loi punit ceux qui ont frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé, *soit en leur nom, soit par interposition de per-*

(1) Evidemment c'est sous l'empire d'une distraction que M. Faustin Hélie cite cet arrêt comme partant de l'idée que, pour tomber sous le coup de l'art. 593-2°, le faux créancier doit avoir agi dans l'intérêt du failli.

(2) Voy. M. Renouard, t. II, p. 479.

sonnes, des créances supposées. Ainsi, que le faux créancier présente et affirme lui-même la créance supposée, ou qu'il la fasse présenter et affirmer par un tiers (mandataire ou cessionnaire), peu importe : il est évidemment coupable dans un cas comme dans l'autre, et dans tous deux il encourt la peine de la banqueroute frauduleuse. — Maintenant, que décider en ce qui concerne le tiers ainsi interposé par le faux créancier ? Sans doute aucune peine ne peut lui être infligée s'il a agi de bonne foi. Mais s'il a agi en connaissance de cause, il se trouve être, par application du principe général posé dans l'art. 60 du Code pénal, complice du faux créancier, et, comme lui, il est passible des peines de la banqueroute frauduleuse.

Les nos 1 et 2 de notre art. 593 sont-ils purement et simplement applicables au cas où le failli se trouve être, non pas un commerçant ordinaire, mais un agent de change ou un courtier ? Je le crois. En conséquence, 1° si l'agent de change ou le courtier a encouru la peine des travaux forcés à temps (1), celui qui serait son complice aux termes de l'art. 60 du Code pénal pourra être condamné à la même peine ; — 2° si l'agent de change ou le courtier a encouru la peine des travaux forcés à perpétuité comme ayant commis le crime de banqueroute frauduleuse, celui qui serait son complice aux termes du même art. 60 pourra être condamné aux travaux forcés à perpétuité (2); — 3° si, en dehors des conditions de la complicité en général, un tiers a, dans l'intérêt de l'agent de change ou du courtier failli, soustrait, recélé ou dissimulé tout ou partie de ses biens, ce tiers pourra être condamné aux travaux forcés à temps, il ne pourra pas être condamné aux travaux forcés à perpétuité, l'agent de change ou le courtier eût-il lui-même encouru cette dernière peine ; — 4° enfin, si, toujours en dehors des conditions de la complicité en général, un tiers a frauduleusement présenté dans la faillite d'un agent de change ou d'un

(1) Voy. ci-dessus, p. 80 et 81.
(2) Comp. Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 1502.

courtier et affirmé, soit en son propre nom, soit par interposition de personnes, des créances supposées, ce tiers sera passible des travaux forcés à temps, le failli lui-même eût-il encouru la peine des travaux forcés à perpétuité. Voilà, pour les deux derniers cas, une application importante de cette idée, que j'ai eu plusieurs fois l'occasion d'exprimer, à savoir : que la loi commerciale, tout en admettant l'application de l'art. 60 du Code pénal, a, de plus, établi deux crimes *sui generis*, qui sans doute en principe sont punis des peines de la banqueroute frauduleuse, mais qui ne sont point pour cela des cas de complicité du crime de banqueroute frauduleuse (1).

Le nouvel art. 593 indique un dernier cas, dont je n'ai encore rien dit, dans lequel sont encourues les peines de la banqueroute frauduleuse. Il s'agit du cas où « des individus, faisant « le commerce sous le nom d'autrui ou sous un nom supposé, « se seront rendus coupables de faits prévus en l'art. 591. » La loi a voulu empêcher qu'on ne pût éluder la pénalité de l'article 591, ce qui eût été facile en l'absence de cette disposition de l'art. 593-3°. Un homme veut faire le commerce, et augmenter ses chances de gain en accomplissant impunément les actes que l'art. 591 considère comme constitutifs de la banqueroute frauduleuse. Comment va-t-il s'y prendre ? Il va s'affubler d'un faux nom, d'un nom supposé, sous lequel il signera tous les actes relatifs au commerce qu'il entreprend : lorsqu'éclatera la faillite, lorsque seront exercées les poursuites en banqueroute frauduleuse, il espère pouvoir échapper à la pénalité en disant : « Les actes incriminés sont le fait de Pierre, et moi, je m'appelle Paul. » Mieux encore : il mettra, en apparence, à la tête d'un certain commerce un individu qui ne sera que son instrument, que son agent salarié; il fera faire par cet agent toute espèce d'actes licites ou illicites, et touchera en définitive toutes les sommes provenant de ces opérations; puis, quand il

(1) Voy. notamment p. 95 et 96; p. 98, note 2.

verra la débâcle imminente, autant que possible il fera disparaître l'*homme de paille*, et ne craindra pas d'être atteint lui-même pour des opérations auxquelles il n'aura pris aucune part ostensible. Il paraît que ce moyen d'arriver à la fortune avait été souvent employé par d'habiles industriels (1), et le législateur de 1838 a voulu y mettre un terme, en écrivant la disposition de l'art. 593-3°. Aujourd'hui, par cela seul qu'il est prouvé que les actes se faisaient par l'ordre et pour le compte de Paul, Paul, quoique parfaitement inconnu aux tiers qui en ont été victimes, sera réputé commerçant, sera déclaré en faillite et condamné, s'il y a lieu, comme banqueroutier frauduleux. Du reste, le tiers qui a prêté son ministère à cette indigne spéculation, s'il l'a prêté en connaissance de cause, pourra être condamné, de son côté, comme complice du crime de banqueroute frauduleuse.

Nous savons dans quels cas des personnes autres que le failli encourent les peines de la banqueroute frauduleuse; il reste à voir dans quels cas peuvent être encourues les peines du vol, toujours par des personnes autres que le failli (2). A cet égard, le nouvel art. 594 s'exprime ainsi : « Le conjoint, les descen-« dants ou les ascendants du failli, ou ses alliés aux mêmes de-« grés (3), qui auraient détourné, diverti ou recélé des effets « appartenant à la faillite, sans avoir agi de complicité avec le « failli, seront punis des peines du vol. » Le Code de 1808 ne contenait aucune disposition générale, analogue à celle-ci ; seulement, l'ancien art. 555 disait que la femme du failli qui aurait détourné, diverti ou recélé des effets mobiliers, tant à l'usage du mari qu'à celui de la femme, des marchandises, des effets de

(1) Comp. M. Renouard, t. II, p. 479.

(2) Il est question du vol en général, et des peines qui s'y appliquent, dans les art. 379 et suiv. du Code pénal.

(3) *Alliés aux mêmes degrés!* Il fallait dire *alliés dans la ligne directe*. La même incorrection se trouve dans l'art. 380 du Code pénal, et c'est là probablement que l'a prise le législateur de 1838.

commerce, de l'argent comptant, serait poursuivie comme complice de banqueroute frauduleuse, et l'ancien art. 556 ajoutait qu'elle pourrait aussi, suivant la nature des cas, être poursuivie comme complice de banqueroute frauduleuse pour avoir prêté son nom ou son intervention à des actes faits par le mari en fraude de ses créanciers (1).

Pour bien comprendre le nouvel art. 594, nous devons soigneusement distinguer plusieurs cas :

1° Le conjoint du failli, son parent ou son allié en ligne directe, a détourné, diverti ou recélé des effets appartenant à la faillite, *de complicité avec le failli :* il sera puni de la peine des travaux forcés à temps (ou même des travaux forcés à perpétuité si le failli est un agent de change ou un courtier). Et, du reste, il faut en dire autant de tous les autres cas où, par application de l'art. 60 du Code pénal, ce conjoint, parent ou allié en ligne directe, se trouve être complice du crime de banqueroute frauduleuse (2). Il faut encore en dire autant du cas particulier où ce conjoint, parent ou allié en ligne directe, sans être d'accord avec le failli, a frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé, soit en son nom, soit par interposition de personnes, des créances supposées : en effet, je ne vois pas que le législateur ait apporté aucune exception au principe de l'article 593-2°.

2° Le conjoint du failli, son parent ou allié en ligne directe, sans être d'accord avec le failli, a détourné, diverti ou recélé des effets appartenant à la faillite. C'est là le cas auquel s'applique directement l'art. 594. Ce cas, à vrai dire, comprend deux hypothèses distinctes, suivant que ce conjoint, parent ou allié, a eu en vue l'intérêt du failli ou son propre intérêt. Du reste, dans les deux hypothèses, il est traité de la même manière : dans les deux hypothèses, il sera puni des peines du vol. A-t-il agi dans

(1) Voy. Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 1503.

(2) MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie (*op. cit.*, n° 1977) citent en ce sens plusieurs arrêts de la Cour de cassation.

l'intérêt du failli : alors l'art. 594 déroge à l'art. 593-1°, et remplace par la peine du vol la peine de la banqueroute frauduleuse (1). A-t-il agi dans son propre intérêt : alors, au premier abord, on est tenté de voir dans la disposition de notre art. 594 une dérogation à l'art. 380 du Code pénal, d'après lequel les soustractions commises par une personne au préjudice de son conjoint, de son parent ou de son allié en ligne directe, ne peuvent pas donner lieu à l'application d'une peine ; mais, en réalité, notre art. 594 ne prévoit pas le même cas que l'art. 380 du Code pénal, attendu que les effets détournés, divertis ou recélés appartiennent *à la faillite* et non *au failli* : ainsi, le conjoint, le parent ou l'allié en ligne directe du failli commet un délit, quelquefois un crime, au préjudice de la masse plutôt qu'au préjudice du failli lui-même (2).

Je viens de dire que l'infraction prévue par l'art. 594 peut être un crime. En effet, l'article décide qu'on appliquera les peines du vol ; or, d'après les dispositions du Code pénal, auxquelles il n'est nullement dérogé ici, le vol n'est pas toujours un simple délit correctionnel : il devient un crime quand il est accompagné de certaines circonstances aggravantes. Si, par exemple, le conjoint du failli, son parent ou son allié en ligne directe, a détourné des effets appartenant à la faillite, avec effraction d'un meuble ou avec bris de scellés (3), c'est un crime passible de la peine des travaux forcés à temps. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens par un arrêt du 13 mai 1841, portant règlement de juges (4).

(1) Voy. en ce sens un arrêt de cassation, de la Chambre criminelle, du 2 avril 1853 (Dev.-Car., 53, 1, 231).

(2) Voy. l'arrêt de la Cour de cassation, du 27 août 1858 (cité par MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie, n° 1977).

(3) Voy. les art. 253 et 384 du Code pénal.

(4) Dev.-Car., 42, 1, 172. — Voy. aussi M. Bédarride, t. III, n° 1274.

MM. Chauveau Adolphe et Faustin Hélie ne s'expriment donc pas d'une manière tout à fait exacte quand ils disent (*op. cit.*, n° 1977) : « Lorsque le « détournement a été commis par le conjoint, les descendants ou les as- « cendants du failli, ou ses alliés au même degré, et lorsqu'ils n'ont point

— En résumé, si nous comparons, au point de vue de la pénalité, la condition des personnes mentionnées en l'art. 594 et la condition des étrangers, des tiers en général, nous arrivons aux résultats suivants :

1° En cas de complicité du crime de banqueroute frauduleuse, pas de différence suivant que le complice est une des personnes mentionnées dans l'art. 594 ou un étranger : la pénalité est exactement semblable.

2° Même observation pour le cas où un individu est convaincu d'avoir frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé, soit en son nom, soit par interposition de personnes, des créances supposées : sans distinguer si cet individu est l'un de ceux que mentionne l'art. 594 ou un étranger, il est passible des peines de la banqueroute frauduleuse.

3° Même observation encore pour le cas où il y a détournement d'effets appartenant à la faillite, lorsque l'auteur de ce détournement agit *dans son propre intérêt :* qu'il soit l'une des personnes mentionnées dans l'art. 594 ou un étranger, il est passible des peines du vol.

4° Enfin, lorsqu'il y a détournement d'effets appartenant à la faillite et que l'auteur du détournement agit *dans l'intérêt du failli*, la loi distingue : l'auteur du détournement est-il un étranger, il sera condamné aux peines de la banqueroute frauduleuse (art. 593-1°); est-il au contraire une des personnes mentionnées dans l'art. 594, il sera condamné aux peines du vol, c'est-à-dire ordinairement à une peine moins grave.

Parmi les décisions que je viens de rappeler, il en est une qui peut paraître singulière et que pour ma part je ne trouve pas marquée au coin de la justice. Du tiers qui détourne des effets de la faillite *dans son propre intérêt*, et du tiers qui les détourne *dans l'intérêt du failli*, en bonne justice quel est le plus coupa-

« agi de complicité avec le failli, les peines sont celles du vol, et, par con-
« séquent, le fait n'est plus considéré dans ce cas que comme un simple
« délit. »

ble ? en conscience, quel est celui qui commet l'action la plus honteuse ? Tout le monde, je crois, répondra que c'est le premier. Pourtant le premier est passible des peines du vol, c'est-à-dire d'une peine qui habituellement sera purement correctionnelle, et l'autre est passible des peines de la banqueroute frauduleuse, c'est-à-dire d'une peine afflictive et infamante. Je crois qu'ici le législateur a été un peu trop matérialiste : il a attaché une importance exagérée à l'intérêt des créanciers, qui sans doute peuvent avoir plus à craindre des amis du failli que de voleurs proprement dits (1).

Lorsque, par application des art. 593 et 594, un individu a été traduit en Cour d'assises ou en police correctionnelle, la mission de la Cour ou du tribunal se bornera-t-elle toujours à prononcer, soit l'acquittement (ou l'absolution), soit la condamnation à la peine déterminée par la loi ? Non : la Cour ou le tribunal peut avoir, de plus, à statuer sur certaines questions civiles. Cela était déjà indiqué, du moins en partie, dans le Code de 1808, dont l'art. 598 s'exprimait ainsi : « Le même jugement qui aura « prononcé les peines contre les complices de banqueroute frau- « duleuse, les condamnera : 1° à réintégrer à la masse des créan- « ciers les biens, droits et actions, frauduleusement soustraits ; « 2° à payer, envers ladite masse, des dommages-intérêts égaux « à la somme dont ils ont tenté de la frauder. » Cette disposition était très-facile à comprendre. Je ferai seulement deux observations. La première, c'est que cet ancien art. 598 prévoyait exclusivement le cas où l'individu accusé de complicité de banqueroute frauduleuse était reconnu coupable et condamné comme tel : la disposition dont il s'agit était, dans ses termes, inapplicable au cas d'acquittement. La deuxième observation, c'est que l'expression *dommages-intérêts*, employée par cet ancien art. 598, n'y était pas prise dans son sens rigoureusement exact : en effet, les dommages-intérêts accordés à une personne

(1) Comp. Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 1483.

sont destinés à la rendre indemne, à faire disparaître pour elle un préjudice réellement éprouvé ; ils ne sont point destinés à l'enrichir (1) ; or, dans le cas qui nous occupe, la masse de la faillite recevait, sous le nom de *dommages-intérêts*, une somme représentative d'une valeur qu'elle n'avait point réellement perdue, mais qu'on avait seulement cherché à lui faire perdre.

La disposition de l'ancien art. 598 a été assez gravement modifiée par la loi de 1838. Voici, en effet, comment s'exprime le nouvel art. 595 : « Dans les cas prévus par les articles précé-« dents, la Cour ou le tribunal saisis statueront, lors même « qu'il y aurait acquittement : 1° d'office, sur la réintégration « à la masse des créanciers de tous biens, droits ou actions, « frauduleusement soustraits ; 2° sur les dommages-intérêts qui « seraient demandés, et que le jugement ou l'arrêt arbitrera. » Si nous analysons avec soin ce nouvel art. 595, voici ce que nous y trouvons :

1° La loi ne prévoit pas seulement le cas où un homme est poursuivi en Cour d'assises comme complice du crime de banqueroute frauduleuse. Elle prévoit également le cas où un homme est poursuivi en Cour d'assises, soit pour avoir, dans l'intérêt du failli, soustrait, recélé ou dissimulé tout ou partie de ses biens, soit pour avoir frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé des créances supposées, soit pour avoir, en faisant le commerce sous le nom d'autrui ou sous un nom supposé, commis l'un des faits prévus en l'art. 591. Elle prévoit encore le cas où le conjoint du failli, son parent ou allié en ligne directe, est poursuivi, en police correctionnelle ou en Cour d'assises, pour avoir, sans complicité avec le failli, détourné, diverti ou recélé des effets appartenant à la faillite (2). La loi ne comprend-elle même pas le cas où un individu est purement et sim-

(1) Voy. les art. 1149 et suiv. du Code Napoléon.

(2) En un mot, l'art. 595 renvoie très-certainement à tous les cas prévus par les deux articles précédents, articles compris dans le même Chapitre III.

plement poursuivi comme banqueroutier, par application des art. 585, 586 ou 591 ? C'est un point que j'examinerai en expliquant l'art. 601.

2° La Cour ou le tribunal peut statuer, soit sur la réintégration à la masse des créanciers de tous biens, droits ou actions frauduleusement soustraits, soit sur les dommages-intérêts. Sur la réintégration, la Cour ou le tribunal statue *d'office*, c'est-à-dire sans qu'une demande lui ait été adressée à cet égard, sans qu'il soit nécessaire que les syndics se soient portés partie civile au nom de la masse. Sur les dommages-intérêts, au contraire, la Cour ou le tribunal ne peut statuer qu'autant que la partie le lui a demandé (1). Du reste, la loi nouvelle parlant de dommages-intérêts sans indiquer qu'elle attache à ce mot un sens particulier, et ajoutant que le chiffre en sera arbitré par le jugement ou par l'arrêt, nous devons en conclure qu'il s'agit de dommages-intérêts dans le sens propre du mot, c'est-à-dire d'une indemnité correspondante à un préjudice réellement souffert.

3° La disposition du nouvel art. 595 s'applique, non-seulement au cas où un individu poursuivi est reconnu coupable et condamné, mais même au cas d'acquittement. Ceci ne présente aucune difficulté quand la poursuite a eu lieu devant une Cour d'assises. En effet, aux termes de l'art. 366 du Code d'instruction criminelle, « dans le cas d'absolution comme dans celui d'ac-« quittement ou de condamnation, la Cour statuera sur les « dommages-intérêts prétendus par la partie civile ou par l'ac-« cusé...; elle ordonnera aussi que les effets pris seront resti-« tués au propriétaire... » On comprend très-bien que l'individu accusé d'avoir commis l'un des crimes prévus par l'art. 593 soit déclaré non coupable par le jury, mais que cependant la Cour soit convaincue que des effets appartenant à la masse de la

(1) Cette distinction, clairement établie par notre art. 595, entre la *réintégration* ou *restitution* et les *dommages-intérêts*, n'est qu'une application de la règle générale qui ressort du texte de l'art. 51 du Code pénal.

faillite se trouvent sans cause légitime entre ses mains (1), ou bien encore que par sa faute il a occasionné un dommage à ladite masse. — Mais que décider quand la poursuite a eu lieu en police correctionnelle? Le tribunal, en acquittant le prévenu, peut-il encore le condamner à une restitution ou à des dommages-intérêts? Notre art. 595 n'est pas assez formel, il a été voté trop facilement par les Chambres, pour qu'il nous soit permis de le considérer comme contenant une dérogation au droit commun en cette matière. Il nous suffira donc de rechercher quelle est la règle du droit commun (2). D'abord, en ce qui concerne les dommages-intérêts, l'art. 191 du Code d'instruction criminelle porte que, « si le fait n'est réputé ni délit ni contravention de po-« lice, le tribunal annulera l'instruction, la citation et tout ce qui « aura suivi, renverra le prévenu et statuera sur les demandes en « dommages-intérêts. » On serait bien tenté d'en conclure que le tribunal correctionnel peut, comme la Cour d'assises, même en cas d'acquittement du prévenu, le condamner à des dommages-intérêts (3); mais il est aujourd'hui généralement admis que cet art. 191 n'a en vue que les dommages-intérêts réclamés par le prévenu contre la personne qui l'a dénoncé ou poursuivi mal à propos, et cette doctrine trouve en effet un appui solide dans le texte de l'art. 212 du même Code d'instruction criminelle (4). Maintenant, en ce qui concerne les restitutions, il est encore plus certain que les tribunaux correctionnels ne peuvent

(1) L'accusé étant acquitté, on ne peut pas dire qu'il a *frauduleusement soustrait* les objets : ces expressions ont été mal à propos empruntées à l'ancien art. 598, qui ne prévoyait pas le cas d'acquittement.

(2) M. Bédarride enseigne, au contraire, que notre art. 595 contient une disposition exceptionnelle (t. III, n° 1280).

(3) Telle est sans doute l'opinion de M. Renouard : car il dit, à propos de notre art. 595, qui, encore une fois, n'a pas l'air de contenir une disposition exceptionnelle : « En parlant, dans des termes généraux, des dommages-« intérêts qui seront demandés, il s'étend à ceux qui seraient dus à la « personne injustement poursuivie, comme à ceux qui seraient dus par la « personne déclarée coupable ou acquittée. »

(4) Sur cette question voyez notamment M. Blanche, *Etudes pratiques sur le Code pénal*, t. I, nos 255 et suiv.

pas les ordonner quand ils acquittent le prévenu : les art. 161 et 189 du Code d'instruction criminelle ne leur donnent compétence à cet égard que dans le cas unique où le prévenu est condamné (1).

En somme, la disposition de notre art. 595 n'est pas applicable quand l'individu traduit en police correctionnelle est renvoyé de la poursuite. Si la rédaction de cet article est vicieuse, cela tient à ce qu'on a voulu y comprendre cumulativement l'hypothèse d'une poursuite en Cour d'assises et celle d'une poursuite en police correctionnelle ; cela tient aussi, comme je l'ai déjà indiqué, à ce qu'on ne s'est pas suffisamment dégagé du texte de l'ancien art. 598, qui ne prévoyait que le cas de *condamnation* en Cour d'assises. — La masse de la faillite, en cas d'acquittement du prévenu, devra donc se pourvoir devant le tribunal civil pour le faire condamner soit à des restitutions, soit à des dommages-intérêts. Du reste, elle pourra se pourvoir ainsi, même après s'être portée partie civile devant le tribunal correctionnel : car ce tribunal n'a pas jugé que la demande en dommages-intérêts n'était pas fondée ou qu'il n'y avait pas lieu à restitution, il a simplement reconnu qu'il n'avait pas compétence pour statuer à cet égard.

§ II. Des syndics qui se rendent coupables de malversation dans leur gestion.

Les syndics sont des mandataires. Si donc ils détournent ou dissipent des effets, deniers, marchandises, etc., appartenant à la faillite, ils commettent le délit d'*abus de confiance*, que prévoit l'art. 408 du Code pénal, ainsi conçu (2) : « Quiconque « aura détourné ou dissipé, au préjudice des propriétaires, pos-

(1) Comp. M. Blanche, *op. cit.*, n° 240.

(2) Je donne le texte révisé par la loi du 28 avril 1832.

« sesseurs ou détenteurs, des effets, deniers, marchandises, bil-
« lets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant
« obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis qu'à
« titre de louage, de dépôt, de mandat, ou pour un travail sa-
« larié ou non salarié, à la charge de les rendre ou représenter,
« ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni des
« peines portées en l'art. 406... » Quelles sont les peines portées en l'art. 406 ? Un emprisonnement de deux mois au moins, de deux ans au plus, et une amende qui ne peut excéder le quart des restitutions et des dommages-intérêts dus aux parties lésées, ni être moindre de vingt-cinq francs ; le coupable peut être, en outre, à compter du jour où il aura subi sa peine, interdit, pendant cinq ans au moins et dix ans au plus, des droits mentionnés en l'art. 42 (*droits de vote et d'élection*, — *d'éligibilité*, — *d'être appelé ou nommé aux fonctions de juré ou autres fonctions publiques, ou aux emplois de l'administration, ou d'exercer ces fonctions ou emplois,* etc.).

Sous l'empire du Code de 1808, le syndic, coupable d'infidélité, de malversation, pouvait donc être puni correctionnellement toutes les fois que les actes qu'on lui reprochait rentraient dans les termes de l'art. 408 du Code pénal. Mais dans bien des cas, de bien des manières, il pouvait impunément abuser de son mandat au détriment des créanciers. Je citerai seulement un exemple, et cet exemple s'est réellement présenté devant les tribunaux (1). Un banquier, déclaré en faillite, vient à mourir quelque temps après ; ce banquier avait été tuteur de ses enfants, et il ne leur avait pas encore rendu le compte de tutelle au moment de sa mort : les syndics s'arrangent avec les enfants pour enfler considérablement le chiffre du reliquat qui revenait à ceux-ci. On comprend combien une pareille manœuvre pouvait être nuisible à la masse de la faillite ; mais, comme elle ne constituait pas l'abus de confiance défini par l'art. 408 du Code pé-

(1) Je reviendrai dans un instant sur l'arrêt rendu à cette occasion par la Chambre criminelle.

nal, il n'était pas possible avant 1838 d'infliger pour ce fait une peine aux syndics.

Le législateur de 1838 a voulu combler cette lacune, a voulu qu'il n'y eût plus impunité pour toutes les infidélités que les syndics pourraient commettre en dehors des cas prévus par l'article 408 du Code pénal. De là la disposition du nouvel art. 596, qui est ainsi conçu : « Tout syndic qui se sera rendu coupable « de malversation dans sa gestion sera puni correctionnellement « des peines portées en l'art. 406 du Code pénal. » On voit que le législateur a employé un mot assez large, le mot *malversation*, et qu'il a évité de le définir, afin que le juge ait une grande latitude d'appréciation toutes les fois qu'il n'y aura pas ce que la loi appelle proprement *abus de confiance*. Le cas que j'ai cité, où des syndics enflent le chiffre du reliquat dû par le failli à ses ex-pupilles, ce cas fait bien comprendre la portée du nouvel art. 596 et le changement qui en résulte relativement à l'ancien état de choses. Des syndics ayant été poursuivis pour le fait dont il s'agit sous l'empire de la loi de 1838, leur défense a consisté à dire que ce fait n'était point puni avant ladite loi, et qu'elle ne pouvait pas leur être appliquée, attendu que la faillite à l'occasion de laquelle ils étaient poursuivis s'était ouverte avant sa promulgation. Mais la Cour de cassation a décidé avec raison, le 24 août 1849, que, les faits reprochés aux syndics s'étant accomplis depuis 1838, le nouvel art. 596 y était applicable, attendu que le législateur n'avait point entendu soustraire les syndics « à l'application du principe de droit commun qui veut « que tout fait déclaré punissable par la législation existante « au moment de sa perpétration soit réprimé par la pénalité « spéciale qui s'y rapporte » (1).

Le 2e alinéa de l'art. 408 du Code pénal prévoit le cas où l'abus de confiance serait commis par un domestique, homme de service à gages, etc., au préjudice de son maître : l'abus de confiance devient alors un crime, il est puni de la réclusion. La

(1) Dalloz, *Rec. pér.*, 49, 5, 193.

loi du 18 avril 1863 a étendu cette décision au cas où l'abus de confiance a été commis par un officier public ou ministériel. Évidemment le syndic d'une faillite, lors même qu'il reçoit un salaire, n'est pas un homme de service à gages ; il n'est pas non plus un officier public ou ministériel. Donc, soit qu'il ait commis un abus de confiance proprement dit, soit qu'il ait simplement commis une malversation, il ne peut jamais être puni que de la peine correctionnelle déterminée par l'art. 406 du Code pénal.

L'art. 597 *in fine*, comme nous le verrons, réprime d'une manière particulière une certaine infidélité des syndics, qui ne constitue pas une malversation, à laquelle par conséquent ne s'applique pas l'art. 596.

Il est évident que le délit spécial que prévoit l'art. 596 ne peut être commis que par un syndic (1). L'individu qui n'a pas la qualité de syndic peut bien être complice, mais ne peut pas être auteur principal de l'infraction dont il s'agit. La Cour de cassation s'est formellement prononcée en ce sens par un arrêt du 24 juin 1859, dans lequel je lis notamment ce qui suit : « C'est pour combler « une lacune existant dans le Code de commerce que la loi de « 1838 a introduit dans l'art. 596 ce délit de malversation im- « putable au syndic, afin que sa responsabilité ne devint pas « illusoire et qu'une gestion coupable de sa part ne restât pas « impunie. Ce délit est spécial au syndic, et ne peut dès lors « s'appliquer à d'autres individus qui, sous le titre de liquida- « teurs, ont agi de concert avec lui, surtout lorsque, comme « dans l'espèce, rien n'établit que S. ait reçu légalement ce titre « de liquidateur. Il suit de là qu'en le déclarant coupable du « délit de malversation, et comme tel passible de la peine édic- « tée par l'art. 596, l'arrêt attaqué a faussement interprété cet « article. Du reste, le même arrêt ne précise pas suffisamment « les circonstances constitutives de la complicité de S.... » (2).

(1) L'article parle d'un syndic, et il est de principe qu'une disposition pénale n'est pas susceptible d'une interprétation extensive.

(2) Dev.-Car., 59, 1, 964.

§ III. Des conventions nuisibles a la masse faites par des créanciers avec le failli ou avec un tiers.

Cette matière fait l'objet de trois articles. Le premier, l'art. 597, qui considère comme un délit le fait du créancier d'avoir pris certains arrangements avec le failli ou avec un tiers, l'art. 597, dis-je, contient une disposition toute nouvelle : dans le Code de 1808 il n'y avait absolument rien de semblable. Voici le texte de cette disposition : « Le créancier qui aura stipulé, soit avec « le failli, soit avec toutes autres personnes, des avantages par- « ticuliers à raison de son vote dans les délibérations de la fail- « lite, ou qui aura fait un traité particulier duquel résulterait « en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du failli, sera « puni correctionnellement d'un emprisonnement qui ne pourra « excéder une année et d'une amende qui ne pourra être au- « dessus de 2,000 fr. — L'emprisonnement pourra être porté « à deux ans si le créancier est syndic de la faillite. »

Je n'ai pas à insister sur la décision finale que contient cet article : il est facile de comprendre que la loi permette de punir plus sévèrement le créancier lorsqu'il a été investi des fonctions de syndic (1). Mais il faut bien voir quelles sont précisément les conventions que peut atteindre la pénalité établie par le législateur de 1838 dans la première partie du nouvel art. 597. Ces conventions appartiennent à deux classes distinctes, que je vais étudier successivement :

1re *classe*. Un créancier a stipulé d'une personne quelconque des avantages particuliers, à raison de son vote dans les délibérations de la faillite : en d'autres termes, un créancier a vendu son vote. Peu importe que ce trafic doive tourner à l'avantage ou au désavantage du failli ; peu importe aussi que le vote, à raison duquel le créancier stipule ou reçoit une valeur, se trouve être le vote que ce créancier avait intérêt d'émettre ; peu im-

(1) Je me suis déjà référé à cette décision, ci-dessus, p. 115.

porte enfin que le créancier ait voté avec la minorité, de telle sorte qu'en définitive son vote n'a exercé aucune influence sur la délibération et que celui qui l'a acheté se trouve avoir fait une fausse spéculation : du moment qu'une valeur est promise ou fournie au créancier à raison de son vote, en considération de son vote, il encourt la pénalité de notre art. 597 (1).

Pour que nous ayons réellement les conventions de la 1re classe que punit l'art. 597, est-il absolument indispensable qu'il y ait faillite déclarée par le tribunal de commerce ? Je le crois. Sans doute la pénalité dont il s'agit ne suppose pas nécessairement que la convention a été conclue à une époque où la faillite était déjà déclarée : cette pénalité serait parfaitement applicable au cas où, en vue d'une déclaration de faillite qui paraît imminente, un créancier aurait promis moyennant salaire de voter de telle manière. Mais au moins faut-il que par la suite la faillite soit effectivement déclarée; et il me paraît impossible de punir le créancier, quelque immorale que puisse être la convention par lui consentie, toutes les fois que la déclaration prévue ne se réalise pas. Il s'agit ici d'un délit commis *dans une faillite;* or il n'y a pas faillite, nous l'avons dit plus d'une fois, sans un jugement qui la déclare (2). — Je crois, du reste, que le délit existe, et que, par conséquent, la peine peut être prononcée, dès qu'il y a convention et jugement déclaratif de faillite : la loi n'exige point que, de plus, le vote qui a fait l'objet de la convention ait été effectivement donné. Ce qui constitue le délit, c'est la convention même et non le vote. Sous ce dernier rapport, je ne puis approuver la manière dont la Cour de cassation s'exprime lorsqu'elle dit : « Un traité amiable, passé antérieure-« ment à la déclaration judiciaire de faillite, avec intention de « la prévenir, n'est pas un vote dans les délibérations de la fail-« lite. Il rentrerait dans le cas prévu par la loi s'il contenait

(1) Comp. M. Bédarride, t. III, nº 1297.

(2) Il est vrai que la loi appelle quelquefois *failli* le débiteur qui n'est pas encore judiciairement déclaré tel, mais c'est toujours en supposant qu'il l'a été un peu plus tard.

« explicitement ou implicitement la promesse de voter, le cas « échéant, en tel ou tel sens ; mais l'arrêt attaqué ne constate « pas que les conventions dont il s'agit aient présenté ce carac- « tère d'une aliénation de la future liberté du vote » (1). Au fond, la Cour de cassation a parfaitement raison; ce qui me choque, c'est cette manière de parler : *Un traité amiable... n'est pas un vote dans les délibérations de la faillite.* Évidemment le traité par lequel je promets de voter dans tel ou tel sens n'est pas non plus un vote ; et cependant ce traité constitue de ma part un délit, un fait punissable, sans qu'il y ait à rechercher si ensuite j'ai ou non tenu ma promesse.

Quelles sont les *délibérations* auxquelles se réfère notre article 597 ? Cela comprend tous les cas dans lesquels les créanciers de la faillite sont appelés à voter, soit que la décision de la majorité doive avoir force par elle-même, soit qu'elle doive seulement constituer un avis dont la justice tiendra compte. Par exemple, lorsque les créanciers sont consultés sur la nomination de nouveaux syndics (voy. les art. 462 et 529), ils émettent simplement un avis que le tribunal est maître de suivre ou de ne pas suivre ; de même lorsqu'ils sont consultés sur l'excusabilité du failli (voy. l'art. 537). Au contraire, lorsque les créanciers en état d'union décident, à la majorité des trois quarts en nombre et en sommes, que l'exploitation de l'actif sera continuée (voy. l'art. 532), cette décision est exécutoire par elle-même et n'a pas besoin d'être sanctionnée par le tribunal. Enfin, dans certains cas, la délibération des créanciers a un caractère mixte : ainsi, quand un concordat n'est point consenti par la double majorité qu'exige la loi (art. 507), il est bien certain que le failli ne pourra pas obtenir un concordat du tribunal ; mais, réciproquement, quand le concordat a été consenti par la double majorité, le tribunal n'est point enchaîné, il peut refuser son homologation. Au point de vue qui nous occupe, au point de vue de l'application de l'art. 597, il n'y a point à distinguer

(1) Arrêt de la Chambre civile, du 17 avril 1849 (Dev.-Car., 49, 1, 389).

entre ces différentes hypothèses : du moment que le créancier vend le vote qu'il est appelé à donner pour une opération quelconque de la faillite, il commet le délit prévu et puni par cet article. La Cour de cassation l'a décidé ainsi par un arrêt du 20 mars 1852 (1) : dans l'espèce, un créancier avait exigé du beau-père du failli la garantie de la somme formant le montant de sa créance, et avait effectivement reçu de lui un billet à ordre de pareille somme, pour prix d'un avis favorable donné ensuite dans l'assemblée des créanciers réunis pour délibérer sur l'excusabilité du failli.

On s'est demandé s'il est possible de considérer comme rentrant dans la première classe de conventions que réprime l'article 597 la convention suivante : Un créancier ne se présente pas à l'assemblée tenue pour délibérer sur le concordat ; puis il forme opposition à l'homologation du concordat et dépose une plainte en banqueroute frauduleuse ; enfin il renonce à son opposition et il retire sa plainte, moyennant certains avantages que le failli lui assure à la charge de son actif. La Cour de cassation a jugé, le 4 février 1843, qu'une pareille convention rentre dans le premier cas prévu par l'art. 597 (2). J'admets bien, comme l'admet subsidiairement la Cour, qu'il y a là un traité particulier duquel résulte en faveur du créancier un avantage à la charge de l'actif du failli, c'est-à-dire la deuxième espèce de convention que prévoit et punit l'art. 597 ; mais il m'est impossible d'admettre que ce traité rentre aussi dans les conventions de la première classe dont nous parlons actuellement. En effet, il n'est jamais permis, en matière pénale, de raisonner par analogie : quand le texte de la loi atteint déterminément un certain fait, nous ne pouvons pas étendre la disposition à d'autres faits, quelque analogie qu'ils puissent présenter avec le fait prévu. Or la première hypothèse que mentionne l'art. 597 est celle d'un créancier qui vend son vote dans les délibérations de la

(1) Dev.-Car., 52, 1, 587.
(2) Dev.-Car., 43, 1, 661. — Comp. M. Bédarride, t. III, n° 1287.

faillite, mais non celle d'un créancier qui vend sa renonciation à une opposition par lui formée ou à une plainte par lui déposée. Dans l'espèce sur laquelle est intervenu l'arrêt de la Cour suprême, la question n'offrait pas d'intérêt pratique, puisque le créancier, s'il ne pouvait être condamné comme ayant fait une convention comprise dans la 1re classe, devait l'être comme ayant du moins fait une convention comprise dans la 2e classe dont nous allons parler incessamment. Mais l'intérêt se fût présenté si le créancier eût stipulé d'un tiers, et non du failli, un certain avantage comme prix de sa renonciation : en cas pareil, l'art. 597, dans toutes ses parties, serait absolument inapplicable : cela me paraît certain, et la Cour de cassation elle-même se fût peut-être prononcée en ce sens si la question lui avait été soumise à propos d'une espèce dégagée de toute complication (1).

2e *classe de conventions réprouvées par l'art.* 597 : Un créancier a fait un traité particulier, duquel résulte en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du failli. Cette disposition de l'art. 597 s'appliquera sans difficulté si nous supposons que, depuis l'époque de la cessation des paiements, telle que le tribunal de commerce l'a fixée plus tard, un créancier, connaissant la situation du débiteur, reçoit de lui tout ou partie de la somme due, se fait donner des valeurs en paiement, etc. Il n'y a pas de difficulté, je le répète, toutes les fois que nous trouverons réunies ces deux circonstances : 1° qu'au moment du traité le débiteur était en état de cessation de paiements, ce que le tribunal de commerce a ensuite constaté ; 2° que le créancier était parfaitement instruit de cet état. En cas pareil, le créancier a voulu se soustraire à la loi d'égalité que doivent subir tous les créanciers chirographaires d'un failli : il est justement puni de cette fraude. Mais, s'il avait agi de bonne foi, ignorant la situation du débiteur (ce qui peut très-bien arriver, comme le suppose l'art. 447),

(1) Comme on l'a dit avec raison, la Cour de cassation est instituée pour juger les arrêts et non les affaires; mais, en fait, elle se préoccupe souvent beaucoup, cela est incontestable, des circonstances de la cause.

il serait impossible de lui infliger la pénalité établie par l'article 597 (1).

Ici encore ce que la loi commerciale a entendu réprimer, c'est un délit *commis dans une faillite* par un autre que par *le failli*. Le fait du créancier qui, sachant que le débiteur ne pourra pas payer tout le monde, cherche par un traité particulier à rejeter la perte sur les autres créanciers, ce fait n'est punissable aux termes de l'art. 597 qu'autant qu'il y a faillite; or, nous le savons, il n'y a point faillite là où il n'y a point un jugement déclaratif rendu par le tribunal de commerce. Par conséquent, en l'absence de ce jugement, le ministère public ne peut pas poursuivre et le tribunal correctionnel ne peut pas condamner le créancier comme ayant fait un traité particulier duquel résultait en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du failli. La jurisprudence paraît aujourd'hui fixée en sens contraire; j'ai déjà par avance réfuté cette jurisprudence (2), et j'espère que la Cour de cassation finira par revenir à l'observation de la loi. Je me borne à indiquer quelques-unes des principales décisions rendues sur ce point :

Dans un arrêt de rejet, de la Chambre criminelle, du 23 avril 1841, il est dit que le jugement du tribunal de commerce qui rapporte la déclaration de faillite est sans autorité pour la juridiction correctionnelle, qu'en conséquence cette juridiction a très-bien pu condamner des créanciers, sinon en vertu de la première disposition, du moins en vertu de la deuxième disposition de l'art. 597 (3). — Dans un autre arrêt de rejet,

(1) Ceci a été reconnu plusieurs fois par la Cour de cassation : voy. notamment l'arrêt de la Chambre criminelle, du 12 février 1846 (Dev.-Car., 46, 1, 506). Dans l'affaire à propos de laquelle a été rendu cet arrêt, le tribunal correctionnel de Saint-Omer, statuant sur appel, était allé bien plus loin : « La peine d'emprisonnement, dit-il, n'a été édictée contre le « créancier qu'autant que le traité incriminé aurait eu lieu dans le cours « de la faillite déclarée, c'est-à-dire depuis l'émission du jugement déclaratif. »

(2) Voy., ci-dessus, p. 3 et suiv.

(3) Dev.-Car., 42, 1, 243.

du 3 avril 1846, la Chambre criminelle dit également que les jugements des tribunaux de commerce sur le fait de l'existence ou de la non-existence de la faillite n'ont pas l'autorité de la chose jugée quant aux poursuites portées devant les tribunaux criminels ou correctionnels pour des crimes ou délits tenant à l'état de faillite, et que la loi qui donne aux tribunaux correctionnels la compétence relative aux délits prévus par l'art. 597 les investit, par suite, du droit d'apprécier les éléments constitutifs de ces délits (1). — Enfin, par une conséquence logique de l'idée que le jugement du tribunal de commerce n'a aucune autorité pour la juridiction criminelle, un arrêt du 23 mai 1846 décide que les tribunaux de répression sont compétents pour fixer quant à l'action publique l'époque à laquelle le failli a cessé ses paiements et qu'à cet égard ils n'ont point à tenir compte de la décision du tribunal de commerce (2).

Encore une fois, ma conviction bien arrêtée est que, dans tous ces cas, la Cour de cassation a sanctionné de véritables excès de pouvoir.

J'ai dit que le traité particulier, pour tomber sous l'application de l'art. 597, doit être postérieur à la cessation des paiements. S'il est antérieur à cette cessation, vainement prouverait-on que le créancier, au moment où il l'a fait, connaissait l'état embarrassé des affaires du débiteur : ce créancier n'est pas coupable, car il a pu croire que le débiteur trouverait moyen de satisfaire ses créanciers, qu'il ne cesserait pas ses paiements et qu'ainsi sa faillite ne serait pas déclarée (3). Cette idée est généralement admise (4). Elle est admise par la Cour de cassation elle-même ; seulement, comme nous le savons, la Cour de cas-

(1) Dev.-Car., 46, 1, 506.

(2) Dev.-Car., 46, 1, 792.

(3) Le débiteur lui-même n'est coupable, quand il paie un créancier au préjudice de la masse, qu'autant qu'il le paie *après cessation de ses paiements* (art. 585-4°).

(4) Voy. un arrêt de la Cour de Paris, du 30 mars 1843, et un arrêt de la Cour de Douai du 3 avril suivant (Dev.-Car., 43, 2, 419).

sation décide qu'il appartient au tribunal correctionnel de fixer l'époque où a eu lieu cette cessation de paiements qui doit nécessairement précéder le traité incriminé.

Si la Cour de cassation décide que le tribunal correctionnel devant qui un créancier est poursuivi comme coupable du délit prévu par l'art. 597, a toujours compétence pour reconnaître, même en l'absence de tout jugement du tribunal de commerce, que le débiteur est en état de faillite et pour fixer l'époque où il a cessé ses paiements, la Cour de cassation ajoute du moins que le jugement de condamnation serait nul s'il ne mentionnait pas clairement l'existence de la faillite. Cela ressort des *considérants* de la plupart des arrêts précédemment cités. Et cela est dit explicitement par la Chambre civile pour le cas où il s'agit de savoir, non pas si le créancier a encouru la pénalité de l'art. 597, mais si le traité qu'il a fait n'est pas frappé de nullité : « Les « art. 597 et 598, dit la Chambre civile, ne sont applicables que « lorsque le débiteur est en faillite. Il appartient, il est vrai, aux « tribunaux saisis de la contestation de constater la cessation « de paiements, c'est-à-dire l'état réel de faillite, en l'absence « même de tout jugement déclaratif émané du tribunal de com- « merce ; mais, si l'existence de la faillite réelle n'est pas ex- « pressément constatée par eux, ils ne peuvent pas annuler, en « vertu des art. 597 et 598, les conventions passées avec un « débiteur non failli. Il est reconnu par l'arrêt attaqué que F. « et M. n'ont pas été déclarés en état judiciaire de faillite, et l'ar- « rêt ne constate pas qu'ils aient été, au moment où les conven- « tions dont il s'agit ont été consenties, en état de cessation « effective de paiements.... Cet arrêt a donc faussement appli- « qué, et, par suite, violé les art. 597 et 598 » (1). Si l'on admet avec moi que des juges ne peuvent jamais faire l'application de l'art. 597 là où il n'existe pas un jugement du tribunal de commerce déclarant la faillite, il faut dire que du reste il n'est pas indispensable qu'ils se réfèrent expressément à ce jugement déclaratif.

(1) Arrêt du 8 août 1848 (Dev.-Car., 48, 1, 600).

La deuxième classe de conventions que réprouve l'art. 597 suppose essentiellement que le créancier reçoit un avantage *à la charge de l'actif du failli*. En conséquence, cet art. 597 ne paraît pas applicable au cas où, un commerçant étant hors d'état de payer, un de ses créanciers lui accorde un délai moyennant qu'un tiers vienne cautionner sa dette. Le contraire avait été jugé par la Cour d'Aix ; mais cette décision a été cassée, « attendu que « l'avantage particulier fait à un créancier par des tiers qui cau- « tionnent le failli n'est pas par lui-même une charge de l'actif « du failli ; que l'arrêt s'est borné à affirmer le contraire, et à « énoncer, en termes généraux, que l'accord a été lésif du droit « des autres créanciers, sans articuler en quoi aurait consisté la « lésion et sans constater aucunement si une aggravation de « charges a existé pour l'actif du failli et de la masse » (1). L'article 597 serait certainement inapplicable si le tiers cautionnait la dette *animo donandi*, sans se réserver un recours contre le failli ; dans le cas contraire, il faut examiner en fait si par suite du recours les autres créanciers ne se trouvent pas lésés (2).

Un cas où il ne peut pas être question d'appliquer l'art. 597, c'est le cas où, après qu'il est intervenu un concordat par abandon, l'un des créanciers s'est fait promettre par le failli son paiement intégral. En effet, le failli s'étant dépouillé de tous ses biens en faveur de la masse, et se trouvant par suite libéré envers elle, on n'aperçoit pas en quoi cette promesse qu'il fait à l'un de ses créanciers est préjudiciable aux autres : elle ne chargera pas *l'actif du failli*, puisqu'elle sera payée avec des biens sur lesquels la masse de la faillite ne peut avoir aucune espèce de droit. Comme le dit le tribunal de commerce de la Seine (3), la promesse dont il s'agit est parfaitement licite et découle d'une sorte d'obligation naturelle.

(1) Arrêt de la Chambre civile, du 17 avril 1849 (Dev.-Car., 49, 1, 389).
(2) Comp. M. Bédarride, t. III, n° 1285.
(3) Jugement confirmé par un arrêt du 24 avril 1858 (Dev.-Car., 58, 2, 423).

Au contraire, la Cour de cassation a décidé avec raison que le créancier avait commis le délit prévu par la deuxième disposition de l'art. 597 en se faisant remettre par le failli une somme que celui-ci avait empruntée postérieurement au jugement déclaratif. En effet, comme le dit la Cour, « par suite du prêt à lui consenti, le failli était devenu propriétaire de la somme, qui dès lors augmentait d'autant son actif, et ne pouvait être attribuée exclusivement à un seul créancier sans porter atteinte au droit égal que tous avaient d'y prendre part. Peu importe que le contrat d'emprunt ait été passé depuis le jugement déclaratif, à une époque où le failli était dessaisi de l'administration de ses biens : car il n'y a point à se préoccuper, du chef des créanciers, du plus ou moins de garanties que le prêteur trouvera dans l'obligation consentie à son profit par le failli, et il suffit de constater que la somme prêtée est venue grossir l'actif de leur débiteur..... » (1).

— En somme, l'art. 597 prévoit deux délits distincts que peut commettre le créancier d'un failli. Du reste, la même peine est infligée à l'un et à l'autre de ces délits. Le législateur fixe seulement le *maximum* de cette peine : elle consiste en un emprisonnement, qui ne peut excéder une année, et en une amende qui ne peut être au-dessus de 2,000 fr.; si le créancier délinquant est syndic de la faillite, le *maximum* de l'amende reste toujours fixé à 2,000 fr., mais l'emprisonnement peut être porté à deux ans. La pénalité dont il s'agit n'étant établie que par le Code de commerce et non par le Code pénal, il s'ensuit que le tribunal correctionnel, en déclarant le prévenu coupable, ne peut pas lui faire application des règles posées dans l'art. 463 du Code pénal relativement aux circonstances atténuantes. Par conséquent, le tribunal doit toujours prononcer et l'emprisonnement et l'amende, tandis que, s'il y avait possibilité d'admettre des circonstances atténuantes, le tribunal pourrait prononcer

(1) Arrêt de la Chambre criminelle, du 24 décembre 1857 (Dev.-Car., 58, 1, 175).

séparément l'une ou l'autre de ces peines. M. Bédarride ajoute (1) que le tribunal ne pourrait jamais descendre aux peines de simple police, c'est-à-dire que l'emprisonnement doit être au moins de six jours (C. pénal, art. 40) et l'amende au moins de seize francs (C. pénal, art. 466) : cela paraît, en effet, résulter de ce que, aux termes de notre art. 597, le créancier doit être puni *correctionnellement*. — Le *maximum* établi par ce même article pourrait certainement être dépassé, conformément aux art. 57 et 58 du Code pénal, si le créancier se trouvait en état de récidive (2).

— Lorsqu'un créancier du failli a fait la stipulation ou le traité que prévoit l'art. 597, la personne de qui il a stipulé ou avec qui il a conclu le traité ne doit-elle pas, en qualité de complice, être frappée de la même pénalité que la loi prononce contre le créancier ? A cet égard, n'eussions-nous pour nous guider que le texte de la loi, je crois que nous serions déjà autorisés à répondre négativement : en effet, si le législateur avait voulu que la même pénalité atteignît toutes les parties qui concourent à la convention ou au traité, il n'aurait pas parlé uniquement de l'une de ces parties, c'est-à-dire du créancier. Mais ce n'est pas tout. L'intention du législateur est nettement expliquée par M. Renouard, dans son rapport à la Chambre des députés : « Le failli lui-même, dit M. Renouard, quoiqu'il ait participé « au délit qui a créé ces conventions, doit pouvoir en demander « la nullité *sans être exposé à aucune peine*. Le meilleur moyen « de faire cesser le fléau des arrangements particuliers n'est-il « pas de leur ôter toute garantie, et de ne laisser pour celui qui « les a exigés aucune précaution possible de sécurité ? Il faut « intéresser le failli à faire tomber de pareils actes... » Ce que M. Renouard dit ici du failli s'applique également aux tiers de qui le créancier aurait stipulé un avantage particulier pour prix

(1) T. III, n° 1288.

(2) Le créancier serait alors condamné au *maximum* de la peine portée par la loi et cette peine pourrait même être élevée jusqu'au double.

de son vote dans les délibérations de la faillite. C'est aussi ce qu'admet M. Bédarride, qui me paraît développer exactement la pensée de la loi, lorsqu'il dit : « Le législateur a exonéré le « failli ou les tiers de la peine encourue par le créancier, à l'acte « duquel ils ont nécessairement participé. Cette exemption était « un moyen indispensable pour que la volonté de la loi sortît « à effet. Il est évident que l'existence des traités particuliers « sera le plus souvent divulguée par la résistance que le failli ou « les tiers qui les auront souscrits apporteront à leur exécution. « Les considérer comme complices du créancier, les punir de « la même peine, c'était d'avance interdire cette résistance et « assurer ainsi au créancier les fruits de sa fraude. Or, il fallait, « dans l'intérêt même de notre disposition, non-seulement ne « pas proscrire l'exception des débiteurs, mais encore la favo- « riser. Aussi le législateur a fait même plus que de les déga- « ger de toute crainte d'une condamnation : il a ordonné de « prononcer la nullité du traité en leur faveur » (1).

Si, dans les cas prévus par l'art. 597, le failli ou le tiers n'est pas puni comme complice du délit commis par le créancier, il ne faut pas oublier qu'il y a, du reste, une certaine hypothèse rentrant dans les cas dont il s'agit, et dans laquelle le failli et le créancier seront punis l'un et l'autre, mais comme ayant commis deux délits distincts. L'hypothèse dont je veux parler est celle où, après cessation de ses paiements, le failli a payé un de ses créanciers au préjudice de la masse. D'une part, on peut dire que le créancier a fait un traité particulier duquel résulterait en sa faveur un avantage à la charge de l'actif de la faillite, et, par conséquent, si ce créancier a su que le débiteur était en état de cessation de paiements, il encourt la pénalité de l'article 597. D'autre part, le failli se trouve dans le cas d'être condamné comme banqueroutier simple (voy. l'art. 585, n° 4). Voilà donc une hypothèse dans laquelle un acte intervenu entre deux personnes est considéré comme constituant, non pas

(1) T. III, n° 1291.

un seul et même délit dont l'une serait l'auteur principal et l'autre le complice, mais deux délits distincts, celui-ci consistant à payer, celui-là consistant à recevoir, délits que la loi frappe de pénalités différentes.

Le législateur a-t-il eu raison, dans les cas prévus par l'article 597, de ne punir en général que le créancier, et de ne point frapper comme complice le tiers ou le failli? Sans doute ce système peut être critiqué, au point de vue de la justice absolue; mais je crois qu'il se justifie suffisamment comme étant à peu près le seul moyen de paralyser, de rendre inefficaces, les arrangements du genre de ceux qu'indique l'art. 597, arrangements si désastreux pour la masse de la faillite, pour les créanciers honnêtes. Suivant l'expression de M. Renouard (t. II, p. 491), l'objection tirée de la mauvaise foi du failli a dû céder devant la nécessité de faire une loi vraiment sérieuse, et non une loi purement comminatoire et dépouillée de sanction. Je dois dire cependant que M. Bravard aurait voulu que le failli fût frappé d'une pénalité comme le créancier avec qui il a traité (1). Voici comment il s'exprimait en 1835 :

« Le nouveau projet, dans un Chapitre spécial sur les crimes « et délits commis dans les faillites par d'autres que par le failli, « contient des dispositions pénales contre les créanciers qui, « pour prix de leur vote dans les délibérations de la faillite, « auraient stipulé des avantages particuliers; et il annule ces « stipulations, à l'égard de toutes personnes, même du failli, « qu'il est bon d'intéresser à la révélation d'un délit dont sou- « vent il possédera seul le secret (2).

« Mais voici, en sens inverse, un moyen détourné que pour- « rait prendre le failli pour gagner un créancier, moyen astu-

(1) M. Bravard ne parle que du *failli;* mais ce qu'il dit du failli s'appliquait sans doute également, dans sa pensée, au *tiers* qui promet ou fournit à un créancier quelque avantage particulier pour prix de son vote dans les délibérations.

(2) C'est précisément parce qu'il est bon d'intéresser le failli à la révélation du délit qu'on ne le punira pas quand ce délit sera connu.

« cieux et pervers, auquel ne s'applique aucune disposition du « nouveau projet (1), et qu'il serait cependant utile de prévoir « et de réprimer.

« Le failli, et cela s'est vu plus d'une fois, ne pourrait-il pas « écrire à un créancier :

« *Je vous prie de vouloir bien consentir à mon concordat aux « conditions que je vous ai fait connaître ; je ne considérerai ce « dont vous m'aurez fait remise que comme un prêt, que je vous « rembourserai aussitôt que mes facultés me le permettront ; et, « pour preuve de ma sincérité, je vous envoie une lettre de change « que j'ai souscrite en votre faveur et datée d'une époque posté- « rieure à celle où mon concordat doit être voté* » ?

« Or, je le demande, le failli qui aurait employé un semblable « moyen pour obtenir la voix d'un créancier, ne serait-il pas aussi « coupable que le créancier lui-même qui, pour prix de son vote, « aurait stipulé quelques avantages particuliers ou accepté ceux « qui lui auraient été offerts? Il me semble donc qu'il devrait être « frappé de la même peine. Le nouveau projet, qui dans ce cas « n'en prononce aucune contre lui, me semble incomplet en cela.

« Il y a plus. Le débiteur se fût-il borné à dire ou à écrire : « *Consentez à mon concordat, et je considérerai la remise que « vous me ferez comme un simple prêt, que je vous rembourserai « aussitôt que j'en aurai le moyen* », s'il n'avait tenu ce langage « qu'à quelques-uns de ses créanciers, probablement pour les « déterminer à consentir à son profit un concordat d'autant « plus onéreux pour la masse qu'il serait plus avantageux pour « lui, il y aurait là, ce me semble, mauvaise foi de sa part; et « peut-être ne serait-il pas mal de prévenir ces sortes de ma- « nœuvres, qui sont très-fréquentes, en les frappant, suivant « les circonstances, d'une pénalité » (2).

(1) Je crois que M. Bravard se trompe, ou plutôt il s'exprime mal : dans l'espèce, le créancier qui accepte la proposition du failli tombe sous le coup de la première disposition de l'art. 597; mais cet article ne punit pas le failli lui-même, et c'est là ce qui a frappé notre auteur.

(2) *Examen comparatif*, p. 146 et suiv

Le législateur de 1838 punit d'une peine correctionnelle le créancier qui vend son vote dans les délibérations de la faillite, ou qui, au moyen d'un traité particulier, se procure un avantage à la charge de l'actif du failli. Il reste à savoir quelle est, au point de vue du droit privé, la valeur de la convention qui constitue ainsi un délit de la part du créancier. D'abord il va sans difficulté que la convention dont il s'agit ne peut pas nuire à la masse de la faillite. A-t-elle du moins quelque valeur entre les parties contractantes? Évidemment dans cette convention il y a *turpitudo ab utrâque parte* (1). Or c'est une question aujourd'hui encore très-débattue que de savoir si, en général, on doit refuser toute espèce d'efficacité à une convention de ce genre, la considérer purement et simplement comme non avenue, ou si au contraire on doit appliquer la maxime *In pari causâ melior est causa possidentis.* Avec le premier système, on arrive à dire que l'exécution ne peut pas être exigée, et que, si elle a eu lieu, la répétition est possible; avec le deuxième, on décide qu'il ne faut pas plus admettre une action en répétition qu'une action tendant à obtenir l'exécution (2). Dans le droit romain et dans notre ancien droit, après avoir posé la règle que toute convention faite *ex turpi causâ* est nulle, on ajoutait cette restriction : « Si la cause pour laquelle on a promis quelque chose blesse la justice ou les bonnes mœurs du côté des deux parties, celle qui a exécuté ce contrat, quoique nul, n'aura pas la répétition » (3). Aujourd'hui, le Code Napoléon a bien reproduit la règle (ar-

(1) On a dit que, « la position du failli, le mettant en quelque sorte à la discrétion de ses créanciers, ne lui permettait pas de se soustraire aux exigences dont ils peuvent l'assaillir et de résister d'une manière absolue à leurs prétentions » (voy. M. Bédarride, t. II, n° 517). Toujours est-il que le failli qui fait avec un de ses créanciers l'une des conventions prévues par l'art. 597 s'associe à un acte illicite : je crois donc que, si la loi ne le punit pas, c'est uniquement afin de faciliter la révélation de cet acte. Voy. ci-dessus, p. 126.

(2) Sur cette question voy. notamment le travail inséré par M. J. Bozerian dans la *Revue pratique de droit français* (t. V, p. 15 et suiv.).

(3) Voy. Pothier, *Traité des obligations*, n° 43.

ticle 1131), mais il n'a aucunement reproduit la restriction : je décide, en conséquence, que, sans distinguer s'il y a *turpitudo ab utrâque parte* ou *ab alterâ tantùm parte*, toute convention illicite est radicalement nulle, doit être réputée à tous égards non existante, et ne peut jamais exclure l'action en répétition de la part de celui des contractants qui mal à propos l'aurait exécutée comme obligatoire (1).

Ce qui est certain, c'est que le législateur de 1838 a formellement consacré cette doctrine en ce qui concerne les conventions que réprime l'art. 597. L'art. 598 est, en effet, ainsi conçu : « Les conventions seront, en outre, déclarées nulles, à l'égard « de toutes personnes, et même à l'égard du failli. — Le créan- « cier sera tenu de rapporter à qui de droit les sommes ou « valeurs qu'il aura reçues en vertu des conventions annu- « lées » (2).

Je remarque tout d'abord que cet art. 598 dit précisément l'inverse de ce qui est dit dans l'art. 446 : ce dernier article, en effet, frappe certains actes de nullité, mais à l'égard de la masse seulement et non à l'égard du failli. En principe, les deux articles ne se réfèrent pas aux mêmes actes. Cependant il faut reconnaître que la disposition de l'art. 598, qui, à mon sens, n'est qu'une application du droit commun, vient restreindre jusqu'à un certain point la portée de l'art. 446, et nous montrer que certains actes, quoique compris dans l'énumération de cet article 446, sont pourtant frappés d'une nullité absolue, d'une nullité qui existe même dans les rapports du failli et du créancier avec qui il traite. Ainsi, je suppose que, depuis la cessation de ses paiements, le failli a constitué au profit d'un de ses créanciers un droit de gage sur un meuble dépendant de son actif :

(1) La jurisprudence admet pleinement cette doctrine, en matière d'offices, quand un supplément de prix a été payé en exécution d'une contre-lettre.

(2) Déjà sous l'empire du Code de 1808, plusieurs Cours s'étaient prononcées en ce sens ; mais la jurisprudence générale était contraire. Voy. Dalloz, *Jurispr. gén.*, vo *Faillite*, nos 1527, 1528 et 1529.

il y a bien là un traité particulier duquel résulte en faveur du créancier un avantage à la charge de l'actif du failli; et, par conséquent, si le créancier, en faisant ce traité particulier, connaissait l'état du débiteur, on pourra très-bien lui faire application des art. 597 et 598. Voici donc, en somme, comment je crois qu'il faut combiner la règle de l'art. 446 avec celle de l'art. 598 : Toutes les fois que l'acte intervenu entre le failli et un de ses créanciers a le caractère d'un délit, l'art. 598 est seul applicable, l'acte n'est valable à l'encontre de qui que ce soit; lors, au contraire, que l'acte n'est atteint par aucune disposition pénale, nul à l'égard de la masse, il pourra, suivant les cas et conformément aux règles du droit commun, être obligatoire pour le débiteur qui l'a souscrit.

Le tribunal correctionnel qui condamne le créancier aux peines déterminées par l'art. 597 doit en même temps prononcer la nullité des conventions réprouvées par ce même article et ordonner au créancier de rapporter à qui de droit les sommes ou valeurs qu'il aurait déjà reçues en vertu desdites conventions (1). Mais, pour

(1) Voici en quels termes M. Renouard, dans son rapport à la Chambre des députés, développait cette dernière disposition : « Les sommes ou « valeurs reçues en vertu des conventions annulées seront rapportées « par le créancier à qui de droit : *au failli*, si, ayant obtenu un con- « cordat, il a fait ce sacrifice sur l'actif de la masse ou à l'aide de res- « sources particulières, et cette somme alors servira à remplir les obliga- « tions du concordat; *à l'union*, si les avantages particuliers proviennent « du failli; *aux parents ou amis* qui auront fourni les deniers, s'il s'agit « de sommes données pour prix d'un vote dans les délibérations de la fail- « lite. »

Ceci n'est pas tout à fait complet. Supposons que le failli ait fait avec un de ses créanciers un traité particulier duquel résulte un avantage pour ce créancier, et qu'un tiers ait cautionné les engagements pris par ledit traité : certainement, aux termes de l'art. 598, la caution n'est pas valablement tenue, et il y aurait lieu au rapport de ce qu'elle peut avoir payé. — Du reste, en ce qui concerne la caution fournie par le failli à un de ses créanciers, il y a deux cas parfaitement distincts et qu'il importe de ne pas confondre :

1er *cas* Un commerçant qui se sent hors d'état de payer obtient un délai d'un de ses créanciers en lui fournissant caution ;

2e *cas* Un commerçant qui a fait avec un de ses créanciers l'une des

que le tribunal correctionnel puisse ainsi prononcer la nullité et ordonner le rapport, est-il nécessaire que les personnes intéressées se soient portées parties civiles? A cet égard, j'ai d'abord été tenté de distinguer. J'admettais que le créancier ne peut être condamné au rapport des sommes ou valeurs qu'il a reçues qu'autant que la personne qui a droit à ce rapport (c'est-à-dire, suivant les cas, le failli, la masse de la faillite représentée par les syndics, ou enfin le tiers qui avait acheté le vote du créancier) a demandé que le prévenu fût condamné de ce chef, qu'autant que cette personne s'est portée partie civile : un tribunal, disais-je, ne peut jamais condamner la partie à payer une somme que personne ne réclame. Je décidais, au contraire, que la nullité des conventions peut être prononcée d'office par le tribunal, une fois qu'il a constaté que le créancier a commis le délit prévu par l'art. 597. — Mais, en y réfléchissant davantage, je suis arrivé à reconnaître qu'il n'y a pas lieu de distinguer ainsi entre les deux prescriptions de l'art. 598, et que le tribunal correctionnel doit se conformer à l'une comme à l'autre, lors même qu'il n'y a pas eu en cause de partie civile. D'une part, le *rapport* que la loi impose au créancier n'est pas autre chose que la *restitution* dont parle l'art. 51 du Code pénal; or, comme j'ai déjà eu l'occasion de le dire un peu plus haut (1), il est généralement admis que cette restitution doit être ordonnée même d'office. D'autre part, on comprend très-bien que le tribunal

conventions que prévoit l'art. 597 a fourni une caution pour sûreté des obligations résultant de ladite convention.

Dans le premier cas, l'engagement de la caution, qui s'applique à la dette originaire du failli et non à une dette nouvelle, n'est pas toujours et nécessairement frappé de nullité : il pourrait parfaitement valoir si la caution était intervenue *animo donandi* (voy. ci-dessus, p. 124). Dans le deuxième cas, au contraire, l'engagement de la caution, s'appliquant à l'obligation qui dérive d'une convention illicite, est nécessairement nul comme l'obligation qu'il est destiné à garantir, par application du principe que le cautionnement ne peut jamais exister que sur une obligation valable (C. Nap., art. 2012). C'est aussi ce qu'a jugé la Cour de Douai, par son arrêt du 3 avril 1843 (Dev.-Car., 43, 2, 419).

(1) En expliquant l'art. 595, — ci-dessus, p. 110.

correctionnel, après avoir reconnu que la convention pour laquelle le créancier est poursuivi constitue effectivement un délit de la part de ce créancier, que par conséquent elle est illicite, proclame immédiatement la nullité de ladite convention, lors même que ceux qui peuvent avoir intérêt à cette nullité ne se seraient point portés parties civiles. C'est ainsi qu'aux termes de l'art. 463 du Code d'instruction criminelle, « lorsque des actes « authentiques auront été déclarés faux en tout ou en partie, « la Cour ou le tribunal qui aura connu du faux, ordonnera « qu'ils soient rétablis, rayés ou réformés... » Cette disposition n'exige en aucune façon que la personne qui devait souffrir du faux se soit portée partie civile et qu'elle ait demandé le rétablissement, la radiation, la réformation... (1).

Telle ne paraît pourtant pas être l'opinion de M. Bédarride. Voici comment il s'exprime : « La connaissance de l'action en « nullité appartient aux tribunaux correctionnels lorsque, sur « la poursuite d'office du ministère public, l'une des parties « intéressées s'est constituée partie civile. Il en est, en effet, du « délit prévu par l'art. 597 comme de tous les autres délits. Le « procureur impérial, qui en a découvert l'existence, peut en « traduire les auteurs devant les tribunaux et requérir leur « condamnation; ce droit est indépendant de celui que nous « venons de reconnaître aux tiers, au failli et à ses créanciers. « Dans ce cas seulement, il appartient à une autre juridiction « qu'à celle du tribunal de commerce de prononcer la nullité, « en tant que l'une des parties intéressées est intervenue pour la « demander » (2).

Je crois qu'il y a là deux erreurs :

D'abord M. Bédarride semble dire que le tribunal correctionnel ne peut statuer que *sur la poursuite d'office du ministère public;* or, il est élémentaire que les tribunaux correctionnels

(1) Voy. notamment l'arrêt de cassation, de la Chambre criminelle, du 28 décembre 1849 (Dev.-Car., 50, 1, 408).

(2) T. III, n° 1293.

peuvent être saisis par la citation que donnent directement au prévenu les personnes qui se prétendent lésées par son délit (1), et rien ne montre qu'en notre matière le législateur ait voulu déroger à cette règle générale.

De plus, M. Bédarride, supposant que le tribunal correctionnel a été saisi par le ministère public, décide que ce tribunal ne peut prononcer la nullité de la convention qui lui est soumise qu'autant que l'une des parties intéressées est intervenue pour le demander. Ainsi, point d'annulation possible de la part du tribunal correctionnel là où aucune partie intéressée n'est intervenue ; et probablement (ainsi le veut la logique), annulation purement relative, annulation prononcée dans l'intérêt exclusif de la partie qui est intervenue, lorsque la convention pouvait nuire à plusieurs personnes et qu'une seule est intervenue pour la faire annuler. Ce système, d'après lequel la convention peut n'être pas annulée bien que le créancier soit condamné à l'emprisonnement et à l'amende pour l'avoir faite, d'après lequel la convention peut se trouver annulée vis à vis de telle personne et maintenue vis à vis de telle autre, ce système me paraît directement contraire au texte de l'art. 598, qui dit, en termes absolus, que les conventions seront, en outre (en outre de la condamnation prononcée contre le créancier qui les a faites), déclarées nulles *à l'égard de toutes personnes* (2). Le doute surtout n'est pas possible en cette matière lorsqu'on se reporte à l'article 597, tel qu'il existait dans les premiers projets. Le 3e alinéa de cet article contenait d'abord deux phrases qui ont passé sans aucun changement dans l'art. 598 de la loi. Il contenait, de plus, une phrase ainsi conçue : « Le créancier sera condamné, « envers tout créancier de la faillite qui se sera rendu partie « principale ou intervenante, à des dommages-intérêts que le « tribunal arbitrera. » La pensée du législateur, clairement révélée par cette disposition, était, à n'en pas douter, que le

(1) Voy. l'art. 182 du Code d'instruction criminelle, et, ci-dessus, p. 61.
(2) Voy., ci-dessus, p. 131.

tribunal correctionnel doit, d'office, annuler les conventions et condamner le créancier au rapport, que de plus il peut condamner ce même créancier à des dommages-intérêts envers celui qui s'est porté partie civile. Ainsi, c'est seulement la condamnation du créancier à des dommages-intérêts qui présuppose l'existence d'une partie civile, ce n'est point l'annulation des conventions ni la condamnation au rapport. Il est vrai que la phrase relative aux dommages-intérêts a disparu en définitive; mais, en la supprimant, on n'a nullement eu l'intention d'altérer le sens parfaitement arrêté que présentaient les deux phrases précédentes : comme le dit M. Renouard (1), cette suppression n'a eu d'autre cause que le désir de ne pas inciter, par une disposition expresse, à faire des frais et à multiplier les interventions. Nous devons donc décider sous l'empire du nouvel art. 598 exactement ce que nous aurions décidé sous l'empire de l'article 597 des premiers projets (2). Et la Cour de cassation s'est formellement prononcée en ce sens, par son arrêt du 23 mai 1846 (3).

Jusqu'ici nous avons toujours supposé, et c'est évidemment ce que suppose aussi l'art. 598, que le tribunal correctionnel a condamné le créancier comme coupable du délit prévu par l'article 597. Maintenant supposons que le tribunal correctionnel l'a au contraire renvoyé de la poursuite : alors ce tribunal n'a qualité ni pour annuler les conventions ni pour ordonner le rapport des sommes reçues en vertu de ces conventions; tout ce qu'il pourrait faire suivant les cas, ce serait de condamner la partie civile à des dommages-intérêts envers le prévenu (4).

(1) T. II, p. 492 et 493.

(2) Même en ce qui concerne les dommages-intérêts, le tribunal correctionnel peut très-bien, conformément au droit commun, en allouer à la partie civile ou au contraire condamner celle-ci à en payer au prévenu. Voy. M. Renouard, *eod. loc.*

(3) Il y a dans cet arrêt une autre décision, que j'ai critiquée. Voy. ci-dessus, p. 122.

(4) Voy. les art. 191 et 212 du Code d'instruction criminelle, et, ci-dessus, p. 111.

L'art. 599 contient une disposition qui pourra s'appliquer lorsqu'aucune poursuite n'aura été exercée en police correctionnelle ou même lorsque le prévenu aura été renvoyé de la poursuite : « Dans le cas, dit cet article, où l'annulation des con-« ventions serait poursuivie par la voie civile, l'action sera por-« tée devant les tribunaux de commerce. »

Supposons d'abord qu'aucune poursuite n'est exercée par le ministère public. Alors la personne intéressée à faire annuler une convention qu'elle prétend rentrer dans les termes de l'art. 597 peut, à son gré, s'adresser au tribunal de police correctionnelle ou au tribunal de commerce. Elle préférera souvent s'adresser au tribunal de commerce, afin de ne pas s'exposer aux frais qu'elle aurait à supporter si le prévenu était déclaré non coupable (1). — Du reste, si cette personne intéressée a ainsi formé sa demande devant le tribunal de commerce, et qu'ensuite le ministère public vienne à saisir le tribunal correctionnel, sans difficulté nous devrons appliquer la règle : *Le criminel tient le civil en état.* En effet, demander la nullité d'une convention comme étant de celles que réprouve l'art. 597 du Code de commerce, c'est bien certainement intenter une *action civile* dans le sens que donne à cette expression l'art. 3 du Code d'instruction criminelle.

Il y a encore une circonstance qui pourra influencer le choix de la personne qui est libre de saisir le tribunal correctionnel ou le tribunal de commerce. C'est que le jugement du tribunal correctionnel est toujours susceptible d'être attaqué par voie d'appel devant la Cour impériale (2), tandis que les tribunaux de commerce jugent en dernier ressort toute demande dont le principal n'excède pas la valeur de 1,500 francs (3).

Maintenant supposons que le tribunal correctionnel a été saisi et qu'il a renvoyé le prévenu de la poursuite. La question de

(1) Voy. l'art. 194 du Code d'instruction criminelle.

(2) Voy. les art. 199, 201 et suiv. du Code d'instruction criminelle, modifiés par la loi du 13 juin 1856.

(3) Voy. l'art. 639 du Code de commerce, modifié par la loi du 3 mars 1840

nullité de la convention et de rapport des sommes que le créancier a pu recevoir en vertu de ladite convention, cette question reste entière; et la partie intéressée à la soulever pourra très-bien la porter devant le tribunal de commerce, sans qu'il y ait à distinguer si cette partie a ou non plaidé devant le tribunal correctionnel. Le tribunal de commerce peut parfaitement, sans se mettre le moins du monde en opposition avec le tribunal correctionnel qui a renvoyé le prévenu, prononcer la nullité de la convention et ordonner le rapport de sommes reçues en vertu de cette convention : car on comprend que tous les éléments nécessaires pour qu'il y ait délit punissable ne soient pas reconnus avoir existé dans l'espèce, et que cependant il y ait lieu, par exemple en exécution de l'art. 447, de prononcer la nullité et d'ordonner le rapport (1).

(1) Je ne connais point d'arrêt ni de jugement qui ait statué précisément sur la question. Mais l'arrêt de la Cour de Grenoble, du 26 décembre 1840, s'y applique *a simili*. Voici ce que je lis dans cet arrêt : « On ne « saurait trouver dans la poursuite de C. devant la Cour d'assises de la « Drôme, et dans l'ordonnance du président qui, par suite de la déclara- « tion du jury, le déclare acquitté de l'accusation portée contre lui, une « fin de non-recevoir contre la poursuite du syndic tendant à l'annulation « d'un acte comme fait après le jour de la faillite. En effet, autre chose est « la juridiction criminelle, qui n'a pour but que la répression des crimes et « délits dans l'intérêt général de la société, autre chose est la justice civile, « dont le but est la discussion d'intérêts particuliers : dans la première, il « est vrai, les intérêts généraux de la société sont représentés par le minis- « tère public; mais il ne représente et ne peut représenter les intérêts « particuliers, souvent en opposition avec les intérêts généraux. — D'ail- « leurs, en déclarant que C. n'était pas coupable d'avoir, sachant que M. « était en faillite, fait avec lui un traité particulier duquel il résultait en sa « faveur un avantage à la charge de l'actif de M., le jury n'a point déclaré « que le traité n'avait pas eu lieu, mais qu'il ne lui présentait point un « degré de criminalité suffisant pour le faire déclarer coupable. Attribuer « aux jurés une pareille mission, ce serait leur donner un droit que la loi « ne leur a pas conféré, celui d'annihiler un jugement : en effet, le juge- « ment qui maintient l'ouverture de la faillite au 1er septembre 1839 et « annule, par suite, l'acte de vente du 7 octobre suivant, est du 11 décem- « bre 1839, tandis que l'ordonnance d'acquittement est du 22 juin 1840. A « la Cour royale seule, investie par l'appel de C., il appartenait de décider « sur le bien ou mal jugé de cette décision, mais la Cour d'assises était sans

Pour que le créancier puisse être condamné correctionnellement par application de l'art. 597, il faut que le débiteur soit en état de faillite : par conséquent, il faut nécessairement, suivant moi, qu'il existe un jugement déclaratif de faillite émané de la juridiction commerciale. Au contraire, pour qu'une convention du genre de celles que prévoit l'art. 597 puisse être annulée, pour que le rapport de sommes reçues en vertu d'une pareille convention puisse être ordonné, il n'est point indispensable qu'auparavant la faillite ait été déclarée : sans être dans les termes de l'art. 597 du Code de commerce, nous pouvons être dans ceux de l'art. 1131 du Code Napoléon, d'après lequel la convention sur cause illicite est nulle. Ainsi, je suppose que de fait un commerçant a cessé ses paiements; il réunit ses créanciers, et ceux-ci, sur sa proposition, lui font remise de 60 p. 100. Cette remise est consentie à l'unanimité, par tous les créanciers, et la faillite du débiteur n'est point déclarée. Mais l'un des créanciers, le jour même où intervenait cet arrangement, s'était fait compter par le débiteur une certaine somme pour prix de son adhésion. J'admets sans difficulté que le traité particulier dont il s'agit doit être annulé et qu'il y a lieu d'ordonner le rapport de la somme reçue en vertu dudit traité (1); mais, en l'absence d'un jugement déclaratif de faillite rendu par le tribunal de commerce, il m'est impossible d'admettre que le créancier puisse, en outre, être frappé de la peine correctionnelle édictée par l'art. 597 (2).

« pouvoir pour le faire. Dès lors il ne peut se présenter de fin de non-re-« cevoir contre la demande du syndic » (Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 1519).

On voit que la Cour de Grenoble n'admet pas la possibilité pour la juridiction criminelle de faire remonter la cessation des paiements à une époque autre que l'époque déterminée par le tribunal de commerce. Nous savons que cette sage jurisprudence n'est pas consacrée par la Cour de cassation.

(1) Voy., en ce sens, un arrêt de la Cour de cassation, du 4 juillet 1854 (Dev.-Car., 54, 1, 785), et un arrêt de la Cour de Paris, du 27 décembre suivant (Dev.-Car., 55, 2, 15).

(2) C'est seulement sur ce dernier point que je m'écarte de la jurisprudence.

— Aux termes de l'art. 638 du Code d'instruction criminelle, le créancier ne peut être poursuivi correctionnellement que pendant trois ans. Lorsque l'action publique est ainsi prescrite faute de poursuites dans les trois ans, l'art. 599 du Code de commerce peut-il encore s'appliquer ? l'annulation des conventions, le rapport des sommes reçues en vertu de ces conventions, cela peut-il encore être poursuivi par la voie civile devant le tribunal de commerce ? En principe, je n'hésite pas à répondre négativement. En effet, on peut dire ici de l'action en nullité ou en rapport ce que M. Brun de Villeret dit très-bien de l'action civile en général : « Quand le pouvoir social n'a plus à demander « compte à l'agent de l'infraction qu'il a commise, il est difficile « d'admettre que la partie lésée puisse venir réclamer la répa- « ration du préjudice qui lui a été causé... Il importe à la paix « publique de ne pas soulever le voile qui recouvrirait des faits « peut-être entièrement oubliés, et de ne pas proclamer l'exis- « tence d'un délit dont l'impunité est assurée au délin- « quant » (1). — Seulement, si la preuve de la nullité de la convention pouvait être faite, si l'action en rapport ou en répétition pouvait être justifiée, sans impliquer l'existence d'un délit à la charge du créancier, l'art. 638 du Code d'instruction criminelle cesserait d'être applicable, et il faudrait en revenir aux règles générales posées par le Code Napoléon en matière de prescription. C'est ce que la Chambre civile a reconnu par un arrêt de cassation, du 28 août 1855 (2).

(1) *De la prescription en matière criminelle*, n° 327. — M. Brun de Villeret décide spécialement (nos 351 et 352) que l'action en nullité d'une obligation surprise par des manœuvres constituant l'escroquerie n'est plus recevable après que l'action publique est prescrite. La question, évidemment, offre la plus grande analogie avec celle que j'examine en ce moment.

(2) Dans l'espèce, Cl. ayant été déclaré en faillite, D. l'avait cautionné pour 10,000 fr. envers deux de ses créanciers; Cl. obtint ensuite un concordat, par lequel il lui fut fait des remises considérables; enfin la dame Cl. s'oblige envers D. à lui rembourser la somme pour laquelle ce dernier avait cautionné son mari : les engagements contractés par D. furent remplis intégralement, les engagements contractés envers lui ne furent remplis que pour 7,000 fr. Plus tard Cl. fut de nouveau déclaré en faillite, D. produisit

Les trois ans dont parle l'art. 638 du Code d'instruction criminelle courent à dater du jour même du délit, en supposant que depuis il n'a été fait aucun acte d'instruction ni de poursuite. Par conséquent, dans le cas spécial qui nous occupe, le point de départ des trois ans, c'est le jour même où a été conclue la convention illicite. Il en résulte que, si, par exemple, cette convention remonte au 1er janvier 1860, n'eût-elle été exécutée que dans les derniers jours de 1862, il n'est plus possible, dès que nous sommes en 1863, de demander au créancier le rapport de ce qu'il a reçu. Comme le dit très-bien la Cour de Grenoble, dans son arrêt du 17 mai 1853, « pour ordonner le rapport en « vertu de l'art. 598 du Code de commerce, il faudrait toujours « commencer par déclarer que le créancier n'a reçu qu'au « moyen d'une convention prohibée et punie par l'art. 597, « convention dont le syndic n'est plus recevable à invoquer « l'existence et à faire prononcer la nullité » (1).

à cette faillite pour 3,000 fr. qui lui restaient dus, reconnaissant que le véritable obligé était Cl. lui-même et non sa femme. Cette demande fut combattue par le syndic, qui, de plus, actionna D. et les deux créanciers par lui cautionnés pour les faire condamner solidairement au rapport de 7,000 fr. D. et les deux créanciers se défendirent en invoquant l'art. 638 du Code d'instruction criminelle. Jugement du tribunal de commerce de Vienne, qui, d'une part, déclare D. mal fondé dans sa demande en paiement des 3,000 fr., mais qui, d'autre part, rejette l'action du syndic en rapport des 7,000 fr. Arrêt confirmatif de la Cour de Grenoble. Sur le pourvoi du syndic, cassation fondée sur ce que « si, par suite des circon- « stances relevées au procès, il a été articulé qu'un concert frauduleux, « dont les défendeurs eux-mêmes ont cru pouvoir exciper, aurait eu lieu « de leur part pour s'assurer l'indu paiement dont est question, et si ce « concert frauduleux pouvait constituer le délit prévu par l'art. 597 du Code « de commerce, il ne résultait pas de là que l'action du syndic introduite « par la voie civile fût basée sur ce fait et dépendît de sa constatation ; que « cette action avait pour fondement suffisant et uniquement civil, abstrac- « tion faite des articulations ci-dessus, l'indu paiement établi par les livres « et la correspondance du failli... » (Dev.-Car., 56, 1, 37).

(1) Dev.-Car., 54, 2, 301. — Cet arrêt de la Cour de Grenoble a été cassé, le 28 août 1855 : la Chambre civile de la Cour de cassation a pensé que, dans l'espèce, l'art. 638 du Code d'instruction criminelle était inapplicable, parce que la demande en rapport formée par le syndic ne dépen-

Je crois, du reste, que la règle *Temporalia ad agendum, perpetua ad excipiendum*, doit recevoir ici son application. Une convention du genre de celles que suppose l'art. 597 a été faite ; le créancier n'a encore rien reçu, et il demande en justice la somme ou valeur qui lui a été promise : à quelque époque que cette demande soit formée, le défendeur pourra opposer la nullité de la convention. En effet, comme on le disait déjà dans notre ancienne jurisprudence, la défense est de droit naturel et dure autant que l'action (1).

— L'annulation prononcée conformément à l'art. 599 par le tribunal de commerce a-t-elle exactement le même caractère, le même résultat, que l'annulation prononcée par le tribunal correctionnel conformément à l'art. 598 ? Non : l'annulation prononcée par le tribunal correctionnel existe toujours d'une manière absolue, peut toujours être invoquée par toute personne intéressée (2), tandis qu'il est possible que l'annulation prononcée par le tribunal de commerce existe vis à vis de telle personne et non vis à vis de telle autre. Par exemple, un certain traité étant intervenu entre un failli et un de ses créanciers, un autre créancier en poursuit l'annulation devant le tribunal de commerce et succombe ; cela n'empêchera pas le failli lui-même de demander et d'obtenir cette annulation, toujours devant le tribunal de commerce.

La Cour de cassation a fait application de cette idée (3) dans une espèce assez curieuse. Un sieur D., créancier de M., failli, s'était fait remettre, à une époque voisine du concordat amiable passé avec ce failli, 40,000 fr. de promesses souscrites par un sieur G., lesquelles constituaient en faveur de D. un avantage

dait point de la constatation du délit que prévoit l'art. 597 du Code de commerce (voy. ci-dessus, p. 140).

(1) Ainsi jugé par le tribunal de commerce de Vienne, et, en appel, par la Cour de Grenoble (arrêt du 17 mai 1853, déjà cité). Voy. aussi M. Brun de Villeret, *op. cit.*, n° 347.

(2) Voy., ci-dessus, p. 132 et suiv.

(3) Arrêt de la Chambre civile, du 4 juillet 1854 (Dev.-Car., 54, 1, 785).

particulier; cette remise avait été faite à D. par suite d'un concert entre lui, le failli M. et G., souscripteur des promesses; en même temps, et pour se couvrir de ses engagements envers D., G. s'était fait souscrire pour pareille somme de promesses par M., d'où il suit qu'en définitive le poids de ces obligations devait retomber sur ledit M. (1). Dans ces circonstances, le sieur G. avait demandé *en son nom personnel* la nullité des promesses par lui souscrites au profit de D.; mais sa demande avait été repoussée, et des décisions passées en force de chose jugée l'avaient condamné à payer le montant desdites promesses. Le sieur G. avait alors demandé la nullité, non plus en son nom personnel, mais comme créancier du failli et au nom de celui-ci. La Cour de Lyon, par un arrêt du 3 mars 1852, avait accueilli cette nouvelle demande. L'arrêt étant déféré à la Cour de cassation, celle-ci rejette le pourvoi : « Attendu que, les engagements « de M. envers G. n'ayant d'autre cause que les engagements « de G. envers D., M. avait intérêt de faire annuler ces der- « niers engagements, et qu'il en avait aussi le droit, aux termes « des art. 597 et 598 du Code de commerce, puisque toutes « ces obligations avaient pour origine et pour cause illicite et « commune les avantages particuliers stipulés par D.; — At- « tendu qu'il résulte également, en fait, de l'arrêt attaqué que « G. était créancier de M.; qu'il pouvait donc exercer les droits « et actions de son débiteur, aux termes de l'art. 1166 du Code « Napoléon, et que parmi ces droits il trouvait celui de faire « annuler tant les engagements souscrits par M. lui-même en « faveur de G. que les engagements corrélatifs souscrits par G. « en faveur de D.; — Que, dans cet état, G. pouvait, du chef de « M., demander la nullité de ses propres engagements à lui G. « envers D., et que, agissant ainsi du chef de M., il ne pouvait « être arrêté par ce qui avait été précédemment jugé sur la vali- « dité de ces mêmes engagements entre D. et lui, G. agissant

(1) C'est ainsi que les faits sont exposés par la Cour de cassation elle-même.

« alors de son propre chef; qu'il n'y avait en effet pas lieu à « l'exception de chose jugée, puisque, si la chose demandée « était la même et si les parties étaient aussi les mêmes, l'une « d'elles agissait en une qualité différente » (1).

— Lorsqu'un failli, après avoir obtenu un concordat de ses créanciers, prend envers l'un d'eux l'engagement de lui payer le montant intégral de sa créance, y a-t-il là une convention qui doive être annulée aux termes de nos art. 597, 598 et 599? J'admets l'affirmative dans le cas unique où par cette convention le failli se serait mis dans l'impossibilité de remplir les engagements que par son concordat il a pris envers la masse de ses créanciers : dans ce cas, en effet, nous avons bien un traité particulier duquel résulte en faveur d'un créancier un avantage à la charge de l'actif du failli. Dans tous autres cas, ainsi lorsqu'il s'agit d'un concordat ordinaire et que les engagements qui en dérivent ont été fidèlement remplis, ou lorsqu'il s'agit d'un concordat par abandon, non-seulement le créancier envers qui est pris l'engagement particulier dont nous parlons ne commet pas un délit, mais même cet engagement n'est point frappé de nullité. La question s'est présentée dans une espèce où le débiteur avait fait abandon à ses créanciers de la totalité de son actif, et le tribunal de commerce de la Seine l'a résolue dans le sens qui vient d'être indiqué (2). Comme le dit très-bien le tribunal, « l'engagement pris après remise de la dette, en dehors « de tout préjudice causé aux créanciers abandonnataires de « l'actif, constitue pour B.D. un engagement licite. » Sur l'appel, la Cour de Paris, par son arrêt du 24 avril 1858, décide : 1° que, par application de l'art. 599, le tribunal de commerce était compétent pour connaître de l'action en nullité; 2° au fond, que le tribunal de commerce a bien jugé en refusant de

(1) Dans l'espèce, le demandeur en cassation alléguait encore que le sieur G. n'était devenu créancier du failli qu'après que les engagements dont il poursuivait l'annulation avaient été souscrits au profit du sieur D. La Cour décide, avec raison, que cette circonstance est indifférente.

(2) Comp., ci-dessus, p. 124.

prononcer la nullité ; 3° que le tribunal de commerce a eu tort de prononcer la contrainte par corps contre le débiteur, attendu que l'engagement pris par celui-ci n'avait réellement pas une cause commerciale (1). Ce dernier point me paraît seul susceptible de controverse. J'ai peine à croire, avec la Cour de Paris, que le failli contracte une dette nouvelle : c'est toujours la dette primitive, qu'il pourrait se dispenser de payer et qu'il s'engage à payer.

— J'ai déjà eu l'occasion de mentionner l'art. 600, aux termes duquel tous arrêts et jugements de condamnation rendus en vertu des Chapitres I, II et III du Titre *Des Banqueroutes* doivent être affichés et publiés, suivant les formes établies par l'art. 42, aux frais des condamnés (2). Bien que l'art. 599 se trouve dans le Chapitre III, je ne pense pas que le jugement du tribunal de commerce ou l'arrêt de la Cour impériale (Chambre civile) qui annule la convention et qui condamne le créancier à rapporter les sommes ou valeurs reçues en vertu de cette convention, soit soumis à la publicité dont il s'agit. Le but de l'art. 600 est d'ajouter à la pénalité encourue par suite d'un crime ou d'un délit, et d'éveiller les méfiances du public à l'égard du coupable : l'application de cet article présuppose donc une infraction à la loi pénale. Il en était certainement ainsi sous l'empire du Code de 1808 (voy. les anciens art. 592 et 599) : il ne paraît pas que le législateur de 1838 ait voulu changer le principe sur ce point.

(1) Dev.-Car., 58, 2, 423.

(2) Voy., ci-dessus, p. 92 et 93.

CHAPITRE IV.

DE L'ADMINISTRATION DES BIENS EN CAS DE BANQUEROUTE.

En cette matière, la loi de 1838 n'a fait que reproduire le système du Code de 1808. Au contraire, la Commission instituée par l'arrêté des Consuls du 13 germinal an IX avait d'abord proposé un système tout différent. Cette Commission, après avoir énuméré (art. 396 de son projet) les cas où il y a présomption de banqueroute, ajoutait (art. 396 et 397) que, dans ces cas, le commissaire du Gouvernement près le tribunal de commerce serait tenu de dénoncer les faits au commissaire du Gouvernement près le tribunal criminel ; qu'à défaut de dénonciation de la part du premier ou en cas d'inaction de la part du second, tout créancier pourrait porter plainte pour fait de banqueroute. Venait ensuite un art. 399, ainsi conçu : « Si le prévenu est mis en jugement, les poursuites commencées devant « le tribunal de commerce sont continuées devant le tribunal « criminel, à la requête du commissaire du Gouvernement « près ce tribunal. Les fonctions attribuées au tribunal de « commerce et à son délégué (1) sont remplies par le tribunal « criminel et par son délégué. »

Ce système excita des réclamations :

« Sans doute, disait la Cour de Dijon, le crime de banque-

(1) D'après l'art. 359 du projet, c'est en présence de ce délégué qu'il était procédé aux reconnaissance et levée des scellés, et à l'inventaire des marchandises, meubles et effets mobiliers du débiteur. Du reste, les attributions de ce *délégué* étaient beaucoup moins importantes que celles de notre juge-commissaire. Ainsi, par exemple, l'assemblée des créanciers était tenue, non par le délégué du tribunal, mais par le commissaire du Gouvernement (art. 366 du projet).

« route est essentiellement du ressort des tribunaux criminels ;
« mais c'est à la punition du délit que se borment leurs attribu-
« tions, et tout ce qui n'a trait qu'aux intérêts civils des créan-
« ciers et à la conservation de leurs droits doit rentrer dans la
« règle générale. »

« Il n'y a pas de raison légitime, disait la Cour de Rennes,
« dans le cas même où une banqueroute est présumée fraudu-
« leuse, pour dessaisir le tribunal de commerce de tout ce qu'il
« y a de civil dans les solemnités de la faillite, ni pour en res-
« saisir le tribunal criminel et le dévoyer par là de ses fonc-
« tions et attributions naturelles. Rien n'était plus facile que
« de conserver tout ensemble à chacun de ces tribunaux la
« compétence qui dérive de la nature même de leur institution.
« L'obligation de dénoncer le crime de banqueroute est néces-
« saire ; l'intérêt du commerce est qu'il soit sévèrement puni,
« et il ne peut l'être que par les tribunaux institués pour l'ap-
« plication des lois criminelles. Mais, après la dénonciation et
« pendant la durée de l'instruction du délit, rien n'empêche
« que le tribunal de commerce ne demeure saisi de toutes les
« poursuites tendant à conserver les droits de la masse des
« créanciers, comme dans le cas d'une faillite ordinaire, sauf à
« transmettre au tribunal criminel les renseignements indica-
« tifs de la fraude, à mesure que les fournirait l'instruction
« civile. »

« Nous pensons, disait enfin le tribunal de commerce de
« Bourges, que l'attribution de toutes ces fonctions aux tribu-
« naux criminels a l'inconvénient de transformer ces tribunaux
« en tribunaux civils ; que cette attribution est d'ailleurs con-
« traire à l'esprit qui a fait instituer les tribunaux de com-
« merce, et qu'elle dépouille sans nécessité le commerce d'une
« prérogative dont il s'est toujours montré jaloux, celle d'être
« jugé par les juges qu'il s'est choisis. »

Ces réclamations furent entendues. La Commission elle-même corrigea en ce sens son premier projet, et dans le Code de commerce fut inséré un art. 600, dont voici le texte : « Dans tous

« les cas de poursuites et de condamnations en banqueroute « simple ou en banqueroute frauduleuse, les actions civiles, « autres que celles dont il est parlé dans l'art. 598 (1), reste- « ront séparées, et toutes les dispositions relatives aux biens, « prescrites pour la faillite, seront exécutées sans qu'elles puis- « sent être attirées, attribuées ni évoquées aux tribunaux de « police correctionnelle ni aux Cours d'assises. » Cette disposition est littéralement reproduite dans le nouvel art. 601; seulement, le renvoi à l'art. 598 a dû être remplacé dans le nouveau texte par un renvoi à l'art. 595. Le renvoi de l'ancien art. 600 à l'art. 598 signifiait simplement qu'il appartient à la Cour d'assises, lorsqu'elle prononce les peines établies par la loi contre un individu reconnu complice de banqueroute frauduleuse, de le condamner, en outre, 1° à réintégrer à la masse des créanciers les biens, droits et actions frauduleusement soustraits, et 2° à payer à ladite masse des dommages-intérêts. A cela se bornait l'exception au principe que le tribunal de commerce reste compétent pour tout ce qui concerne les intérêts civils des créanciers et la conservation de leurs droits. Aujourd'hui que le nouvel art. 601 renvoie à l'art. 595, l'exception au principe ne se trouve-t-elle pas par là même notablement élargie? Évidemment, oui : car, ainsi que nous l'avons vu (2), d'après le nouvel art. 595, le tribunal de répression peut statuer, dans l'intérêt de la masse des créanciers, sur des questions de réintégration ou de dommages-intérêts, dans des cas où il ne l'aurait certainement pas pu sous l'empire de l'ancien art. 598, dans des cas où l'individu traduit devant lui n'est pas accusé de complicité dans une banqueroute frauduleuse. Je crois même que, quand c'est le failli en personne qui est poursuivi devant le tribunal correctionnel ou devant la Cour d'assises comme coupable de banqueroute simple ou frauduleuse, l'art. 595 peut jusqu'à un certain point recevoir son applica-

(1) Voy. le texte de l'ancien art. 598, ci-dessus, p. 108.
(2) Ci-dessus, p. 109.

tion. Ainsi, le tribunal correctionnel, en cas de condamnation, et la Cour d'assises, en cas d'acquittement comme en cas de condamnation, peuvent très-bien, suivant les circonstances, ordonner que le failli fera certaines restitutions à la masse des créanciers (1). Mais, à la différence du cas où c'est un autre que le failli qui a été poursuivi, je ne vois pas que dans le cas actuel le tribunal ou la Cour puisse utilement prononcer au profit de la masse de la faillite une condamnation à des dommages-intérêts.

Le tribunal correctionnel, en condamnant le failli comme banqueroutier simple, ne pourrait-il pas du moins allouer des dommages-intérêts à celui des créanciers qui s'est porté partie civile? La Cour de cassation s'est prononcée, et, je crois, avec grande raison, pour la négative, par son arrêt du 7 novembre 1840 : « A « la vérité, dit la Cour, l'art. 588 du Code de commerce (nouvel « art. 584) reconnaît expressément aux créanciers du failli le droit « de poursuivre le banqueroutier devant la justice répressive, « indépendamment de la masse des créanciers ; mais l'effet de « cette action est limité par l'art. 600 (nouvel art. 601), et ne « peut conférer aux tribunaux le droit d'attribuer à ces créan- « ciers d'autres et plus forts droits que ceux des autres créan- « ciers : ce serait violer le principe de l'égalité qui doit régner « entre eux, et enlever au failli le bénéfice de la libération au « moyen des dividendes que la masse de ses biens peut leur « procurer, avec décharge de la contrainte par corps. L'action « de la partie civile prend sa cause dans la faillite et doit en « suivre la loi... » (2). Le droit du créancier se borne à obtenir du tribunal de commerce condamnation contre la masse de la faillite, en prouvant que, par le fait du failli dont il a été vic-

(1) Par exemple, un failli est traduit en police correctionnelle, aux termes de l'art. 586 *in fine*, comme ayant fait un inventaire incomplet; le tribunal, en le condamnant aux peines de la banqueroute simple, pourra certainement ordonner la réintégration à la masse des créanciers de la portion d'actif qui n'a pas été inventoriée.

(2) Dev.-Car., 41, 1, 84.

time, cette masse se trouve véritablement avoir réalisé un bénéfice à ses dépens.

Même en cas d'acquittement, la Cour d'assises peut aujourd'hui statuer d'office sur la réintégration à la masse des créanciers de tous biens, droits ou actions frauduleusement soustraits (comp. le nouvel art. 595 et l'ancien art. 598). Les rédacteurs du nouvel art. 601 ont donc eu tort d'emprunter à l'ancien art. 600 ces premiers mots : « Dans tous les cas de poursuite et « de *condamnation* pour banqueroute simple ou frauduleuse... » Il y a là une inexactitude, puisque l'exception indiquée par le renvoi à l'art. 595 peut recevoir son application même au cas d'*acquittement* de l'individu traduit en Cour d'assises.

Voilà ce que j'avais à dire relativement aux *actions civiles*. En ce qui concerne les *dispositions relatives aux biens, prescrites pour la faillite*, dont parle également le nouvel art. 601, je citerai comme exemples : la disposition de l'art. 441, aux termes duquel le tribunal, par un jugement rendu sur le rapport du juge-commissaire, détermine, soit d'office, soit sur la poursuite de toute partie intéressée, l'époque à laquelle a eu lieu la cessation de paiements (1); les dispositions des art. 462 et 529 concernant la nomination de nouveaux syndics ou le maintien des premiers, etc.

Parmi les dispositions prescrites pour la faillite, il en est cependant une qui cessera de s'appliquer en cas de poursuite pour banqueroute simple ou frauduleuse. Il résulte de l'art. 484 que, l'inventaire une fois terminé, les livres et papiers du débiteur sont remis aux syndics, qui s'en chargent au bas dudit inventaire. Ainsi, en principe, les syndics sont dépositaires de ces livres et papiers; du reste, les officiers du ministère public ont, à toute époque, le droit de requérir communication de tous les actes, livres ou papiers relatifs à la faillite (art. 483). Mais, dès

(1) Dans ma conviction bien arrêtée, cette époque ne peut jamais, sous aucun prétexte, être déterminée par le tribunal de répression. Voy., ci-dessus, p. 3 et suiv., notamment p. 18, à la note.

qu'il y a poursuite en banqueroute, ce dépôt confié aux syndics peut cesser. C'est ce qu'indiquent les art. 602 et 603, qui sont ainsi conçus :

Art. 602. « Seront cependant tenus les syndics de la faillite « de remettre au ministère public les pièces, titres, papiers et « renseignements qui leur seront demandés. »

Art. 603. « Les pièces, titres et papiers, délivrés par les syn- « dics, seront, pendant le cours de l'instruction, tenus en état « de communication par la voie du greffe ; cette communica- « tion aura lieu sur la réquisition des syndics, qui pourront y « prendre des extraits privés, ou en requérir d'authentiques, « qui leur seront expédiés par le greffier. — Les pièces, titres « et papiers, dont le dépôt judiciaire n'aurait pas été ordonné, « seront, après l'arrêt ou le jugement, remis aux syndics, qui « en donneront décharge » (1).

Ici, la loi suppose bien évidemment que la poursuite en banqueroute simple ou frauduleuse est exercée après que le tribunal de commerce a rendu un jugement déclaratif de faillite et a nommé un ou plusieurs syndics. Ces syndics peuvent avoir à remettre au procureur impérial les pièces, titres et papiers dont ils étaient dépositaires. Mais ces pièces, titres et papiers, dont les syndics se sont ainsi dépouillés, ils peuvent en avoir besoin pour la liquidation de la faillite, qui suit toujours son cours par leurs soins et sous la direction du juge-commissaire : alors, ils en prendront communication par la voie du greffe (2), et même, s'ils désirent des extraits authentiques, ceux-ci leur seront délivrés par le greffier (3). Enfin, lorsque, sur la poursuite en banqueroute, sera intervenu l'arrêt ou le jugement, la règle est que

(1) Ces deux articles sont la reproduction presque littérale des anciens art. 601, 602 et 603.

(2) Il s'agit, bien entendu, non pas du greffe du tribunal de commerce, mais du greffe du tribunal ou de la Cour où s'instruit l'accusation de banqueroute.

(3) Notre art. 603 contient à cet égard quelque chose d'analogue à ce que nous voyons dans le 1er alinéa de l'art. 245 du Code de procédure.

les pièces, titres et papiers, que les syndics ont dû remettre au procureur impérial, seront rétablis entre leurs mains; mais l'arrêt ou le jugement pourrait ordonner le dépôt judiciaire des pièces en question, et alors elles resteraient jointes aux autres pièces de la procédure criminelle.

— En résumé, la poursuite en banqueroute, survenant après le jugement déclaratif de faillite, laisse subsister, même pour l'avenir, les conséquences qu'entraîne habituellement ce jugement déclaratif. Elle laisse subsister le dessaisissement que consacre le nouvel art. 443. Si le failli est condamné, pour banqueroute frauduleuse, aux travaux forcés ou à la réclusion, nous savons que, pendant la durée de sa peine, il sera en état d'interdiction légale, et qu'il lui sera nommé un tuteur et un subrogé-tuteur (C. pén., art. 29) : il aura donc, tant que la liquidation de sa faillite ne sera pas terminée, d'une part, un ou plusieurs syndics qui conserveront les attributions que leur donne la loi commerciale, et, d'autre part, un tuteur qui représentera ce failli dans toutes les actions qu'il exercerait par lui-même s'il n'était pas légalement interdit (1), et dans tous les actes auxquels le failli doit être appelé en personne (2).

Sur un seul point, le système édicté dans les art. 601 et suiv. peut donner lieu à une difficulté. En général, lorsqu'après un arrêt de mise en accusation l'accusé n'aura pu être saisi, ou ne se présentera pas, ou se sera évadé, ses biens seront mis sous le séquestre de la Régie des domaines et de l'enregistrement (C. d'instr. crim., art. 465 et 466). On se demande si cette disposition peut s'appliquer lorsqu'il s'agit d'un failli accusé de banqueroute frauduleuse. Le législateur me paraît avoir voulu apporter ici une exception à la règle générale qui vient d'être rappelée. C'est aussi l'opinion des auteurs (3), et la même doctrine a été

(1) Voy. M. Renouard, t. II, p. 496.

(2) Ainsi, lorsque la liquidation de la faillite est terminée, il y a une dernière assemblée de créanciers, et le failli doit être présent ou dûment appelé (art. 537).

(3) Voy. notamment M. Renouard, t. II, p. 496.

consacrée par un arrêt de la Cour de Caen du 17 janvier 1849. Comme le dit très-bien la Cour de Caen, « l'art. 465 du Code « d'instruction criminelle, lorsqu'il a prescrit la mesure du sé- « questre, n'y a cherché qu'un moyen de contraindre le contu- « max, par la privation de ses ressources d'existence, à se « rendre aux injonctions de la justice, et n'a nullement voulu « préjudicier aux droits à la détention de tout ou partie de ses « biens acquis à des tiers avant la contumace ; l'art. 465, en « posant la règle générale du séquestre, n'a pas dérogé aux ga- « ranties particulières résultant, pour les masses de créanciers, « de la gestion à elles conférée de la fortune de leur débiteur. « S'il en était autrement, l'intervention de l'administration pu- « blique dans le maniement des affaires du failli contumax de- « viendrait un immense embarras, par les difficultés, les en- « traves et les lenteurs qu'elle jetterait dans la marche déjà si « compliquée des faillites, ce qui serait tout à fait contraire à « l'esprit de la loi, qui tend principalement à éviter que les dis- « positions relatives aux biens prescrites pour la faillite reçoi- « vent des modifications par suite de l'état de banqueroute « simple ou frauduleuse du failli, ainsi que le montrent les « art. 600 de l'ancien Code de commerce et 601 du Code rec- « tifié, par lesquels il est formellement interdit aux tribunaux « criminels de s'immiscer dans la connaissance de ces disposi- « tions à l'occasion des affaires de banqueroute simple ou frau- « duleuse livrées à leur répression. En principe, l'Administra- « tion des Domaines n'avait donc point de main-mise à exercer « sur les biens de R., au préjudice de la masse des créanciers « de celui-ci ; vainement on voudrait, en sens contraire, se « préoccuper de l'autorité de l'ordonnance de contumace, parce « que cette ordonnance n'a prononcé le séquestre que dans les « termes généraux du droit, sans en faire d'application à tels « ou tels biens du failli, ni rien statuer sur ceux de ces biens « qui, par suite de leur affectation à certains droits, se refuse- « raient au séquestre : à cet égard, elle a laissé toutes questions « entières, et n'a engendré aucune exception opposable aux

« créanciers de R. qui puisse les obliger à la faire rétrac-« ter..... » (1).

(1) Dev.-Car., 52, 2, 189. — Une circulaire du Directeur général des Domaines, du 5 septembre 1807, porte également que, même en cas de contumace, les syndics restent saisis des biens du failli accusé de banqueroute frauduleuse.

TITRE III.

DE LA RÉHABILITATION.

La réhabilitation, dans le système de nos lois, ne s'applique pas seulement au commerçant failli; elle s'applique encore à l'individu condamné à une peine afflictive ou infamante, ou à une peine correctionnelle (1). Elle a toujours pour effet de restituer à la personne les droits, la capacité, que lui a fait perdre la faillite ou la condamnation. Mais, comme en définitive la réhabilitation obtenue par le failli, et la réhabilitation obtenue par le condamné diffèrent l'une de l'autre sous beaucoup de rapports, ainsi que nous aurons occasion de le montrer, il est regrettable que le Code de commerce et le Code d'instruction criminelle aient employé le même mot pour les désigner toutes deux.

Avant la Révolution, en cas de faillite comme en cas de condamnation criminelle, la réhabilitation ne pouvait avoir lieu qu'en vertu de lettres du roi. Aujourd'hui, c'est au pouvoir judiciaire qu'il appartient de prononcer la réhabilitation du failli; aujourd'hui l'Empereur statue seulement sur la réhabilitation des condamnés (2).

(1) D'après le Code d'instruction criminelle (ancien art. 619), le condamné à une peine afflictive ou infamante pouvait être réhabilité, mais non le condamné à une peine correctionnelle. C'est d'abord un décret du Gouvernement provisoire, du 18 avril 1848, qui a décidé (art. 5) que tout condamné correctionnellement pourrait obtenir sa réhabilitation. Cette décision a été consacrée par la loi du 3 juillet 1852 (nouvel art. 619 du Code d'instruction criminelle).

(2) La réhabilitation après faillite paraît avoir complétement disparu pen-

A propos de la réhabilitation après faillite, nous examinerons successivement les trois points suivants :

1° Quelles sont les conditions moyennant lesquelles un failli peut être réhabilité ?

2° Quelle est la procédure prescrite par la loi pour arriver au bénéfice de la réhabilitation ?

3° Quels sont précisément les effets qui résultent de la réhabilitation obtenue ?

Sur ces trois points, nous comparerons à la réhabilitation après faillite la réhabilitation après condamnation.

§ I. — A QUELLES CONDITIONS UN FAILLI PEUT ÊTRE RÉHABILITÉ.

Le premier alinéa du nouvel art. 604 est ainsi conçu : « Le « failli qui aura intégralement acquitté, en principal, intérêts « et frais, toutes les sommes par lui dues, pourra obtenir sa ré- « habilitation » (1).

Ainsi, pour pouvoir être réhabilité, il n'est pas nécessaire que le failli ait obtenu un concordat ; il n'est même pas nécessaire qu'après la clôture de l'union il ait été déclaré excusable (2).

dant la Révolution, en ce sens que le failli recouvrait toute sa capacité par cela seul qu'il parvenait à désintéresser ses créanciers. En effet, la Constitution de 1791 avait un article ainsi conçu : « Sont exclus de l'exercice des « droits de citoyen actif : ceux qui, après avoir été constitués en état de « faillite ou d'insolvabilité, prouvé par pièces authentiques, ne rapportent « pas un acquit général de leurs créanciers » (Tit. III, Chap. 1er, Sect. 2, art. 5).

(1) Même disposition dans l'ancien art. 605.

(2) Sous l'empire du Code de 1808, on aurait pu soutenir que le failli, pour pouvoir être réhabilité, devait avoir été déclaré excusable. En effet, aux termes de l'art. 526, le tribunal de commerce, en accordant l'homologation du concordat, déclarait le failli *excusable* et *susceptible d'être réhabilité ;* de même, aux termes de l'art. 531, toutes les fois qu'il y avait union de créanciers, le tribunal prononçait, sur le rapport du juge-commissaire, si le failli était, ou non, *excusable* et *susceptible d'être réhabilité*. Les deux choses paraissaient donc aller nécessairement l'une avec l'autre. Cependant

Bien plus, le banqueroutier simple, après avoir subi la peine à laquelle il a été condamné, peut être réhabilité : le nouvel art. 612 *in fine* le dit positivement, et cette décision se trouvait déjà dans l'ancien art. 613 (1). La règle est donc que tout failli peut être réhabilité, à la seule condition d'avoir complétement désintéressé les créanciers de la faillite : il est naturel, en effet, que les conséquences de la faillite disparaissent quand la justice a reconnu que les causes de cette faillite n'existent plus.

Il n'y a nullement à distinguer ici entre les sommes pour lesquelles le failli pouvait encore être poursuivi et celles pour lesquelles il ne pouvait plus l'être. Ainsi, le failli a obtenu un concordat par lequel il a été dispensé de payer 75 p. 100 de ses dettes : pour pouvoir être réhabilité, il faut qu'il paie, non-seulement les 25 p. 100 que ses créanciers ont conservé le droit d'exiger, mais encore les 75 p. 100 dont ils lui ont fait remise. Il faut aussi qu'il ait payé tous les intérêts qui ont pu courir, soit depuis l'échéance, soit même depuis la naissance de ses différentes obligations (2) : il ne pourrait point s'en dispenser sous prétexte qu'il est libéré par l'effet de la prescription quinquennale, aux termes de l'art. 2277 du Code Napoléon. En un mot, la

on reconnaissait généralement que l'intention du législateur n'avait pas été de faire dépendre la réhabilitation de l'excusabilité déclarée. Voy. M. Duvergier, *Collection des lois*, an 1838, p. 416, note 5.

Du reste, la réhabilitation peut très-bien être prononcée là où il n'y a eu ni concordat ni union. Un commerçant a été déclaré en faillite, et, quelques jours seulement après le jugement déclaratif, il trouve moyen de désintéresser tous ses créanciers : il n'en reste pas moins sous le coup des incapacités attachées à l'état de faillite, et, pour les faire disparaître, il aura besoin de se faire réhabiliter ; mais, dès l'instant qu'il aura ainsi payé toutes ses dettes, les opérations de la faillite seront évidemment suspendues, puisqu'il n'y aura plus de masse susceptible d'être représentée par des syndics. Comp. M. Bédarride, t. III, n° 1316.

(1) Au contraire le banqueroutier frauduleux est au nombre des personnes qui, en vertu d'une disposition spéciale de la loi (nouvel art. 612, 1er alinéa), ne sont jamais admises à la réhabilitation. Nous verrons que sur ce point M. Renouard a commis une erreur bien extraordinaire.

(2) Une dette non encore échue peut être déjà productive d'intérêts, soit en vertu de la convention des parties, soit en vertu de sa nature propre.

condition de la réhabilitation, condition essentielle, condition *sine quâ non*, c'est que les créanciers du failli se trouvent remis exactement au même état où ils seraient si leur débiteur n'avait point cessé ses paiements (1).

Lorsque le failli obtient un concordat, on peut dire que c'est une sorte de remise qui lui est accordée par la majorité de ses créanciers; nous savons que cette sorte de remise, au point de vue de la réhabilitation, n'équivaut point à un paiement, et que le failli concordataire, pour pouvoir être réhabilité, doit avoir effectivement payé l'intégralité de ses dettes. Le failli eût-il obtenu de chaque créancier individuellement une remise proprement dite, je déciderais encore de même : celui à qui le créancier fait remise n'acquitte réellement pas sa dette. Comme le dit la Cour de Rennes, dans un arrêt du 11 septembre 1846, « le « commerçant failli ne peut être réhabilité qu'à la condition in- « dispensable de prouver qu'il s'est complétement libéré de « toutes les dettes de la faillite, en payant intégralement prin- « cipal, intérêts et frais. Ce principe est absolu, et ne peut « pas fléchir devant une transaction par laquelle le débiteur, en

(1) Nous savons ce que suppose la réhabilitation *après faillite*. Que suppose la réhabilitation *après condamnation?* Voici sur ce point ce qui résulte des dispositions du Code d'instruction criminelle, modifiées par la loi du 3 juillet 1852 : Il faut d'abord que le condamné ait subi sa peine ou qu'il ait obtenu des lettres de grâce (art. 619); il faut, de plus, qu'un certain temps se soit écoulé, soit depuis le jour de la libération, soit depuis le jour où la condamnation est devenue irrévocable (art. 620); il faut encore que le condamné ait résidé un certain temps dans le même arrondissement et un certain temps dans la même commune (art. 621); enfin il doit justifier du paiement des frais de justice, de l'amende et des dommages-intérêts, auxquels il a pu être condamné, ou de la remise qui lui en a été faite, ou du moins établir qu'il a subi le temps de contrainte par corps déterminé par la loi ou que la partie lésée a renoncé à ce moyen d'exécution (art. 623). Spécialement en ce qui concerne l'individu condamné pour banqueroute frauduleuse, il ne peut être réhabilité de manière à effacer les conséquences de cette condamnation qu'en justifiant du paiement du passif de la faillite, en capital, intérêts et frais, ou de la remise qui lui en a été faite. Telle est la disposition finale de l'art. 623; et l'on peut remarquer, du reste, que cet art. 623 tout entier est une innovation du législateur de 1852.

« payant une portion de ses dettes, serait parvenu à n'être plus « passible de poursuites de la part de ses créanciers. La demande « en réhabilitation ne soulève pas une simple question d'argent « entre le créancier et le failli ; il s'agit uniquement de savoir si « ce dernier est digne d'être replacé dans la position d'honneur « et de renommée qu'il occupait avant sa faillite, et de rentrer « dans l'exercice des droits qu'il a perdus.... » (1). J'ajoute que, quand la loi veut faire produire à la remise accordée par le créancier le même effet qu'au paiement réalisé par le débiteur, elle ne manque pas de le dire très-positivement, ainsi qu'on peut s'en convaincre en lisant le nouvel art. 623 du Code d'instruction criminelle (2).

— Toutes les fois qu'une société en nom collectif ou en commandite cesse ses paiements, il y a par là même cessation de paiements des différents associés en nom, puisque toute dette de la société est leur propre dette. Aussi ressort-il clairement du texte de plusieurs articles du nouveau Code de commerce que le jugement qui déclare la faillite de la société a pour effet nécessaire de constituer en état de faillite les différents associés solidaires (3). Celui qui est ainsi failli par suite de la faillite de la société, qu'aura-t-il à faire pour pouvoir obtenir sa réhabilitation? La loi nouvelle (2e alinéa de l'art. 604) répond à cette question : « Il ne pourra l'obtenir qu'après avoir justifié « que toutes les dettes de la société ont été intégralement ac- « quittées en principal, intérêts et frais, lors même qu'un con- « cordat particulier lui aurait été consenti. » De même que le failli qui est seul tenu envers tels et tels créanciers ne peut obtenir sa réhabilitation qu'après avoir complétement acquitté ses dettes, de même celui qui est solidairement tenu avec ses asso-

(1) Dev.-Car., 51, 2, 726.

(2) Il résulte de cette doctrine que la justice peut et doit apprécier la sincérité des quittances produites à l'appui de la demande en réhabilitation. C'est aussi ce qu'a reconnu la Cour de cassation, par un arrêt du 17 novembre 1857, sur lequel je reviendrai.

(3) Voy. les art. 438, 458 et 531.

ciés de toutes les dettes sociales n'obtiendra pas le bénéfice de la réhabilitation, s'il ne justifie que ces dettes sociales ont été intégralement payées. De même que le premier n'est point dispensé par le concordat qui lui a été consenti d'acquitter la totalité de ce qu'il devrait en l'absence du concordat, de même le deuxième, eût-il obtenu un concordat particulier, conformément à l'art. 531, n'en est pas moins soumis à la nécessité de justifier que les créanciers sociaux ont été pleinement désintéressés. Voilà évidemment le système raisonnable que consacre le nouvel art. 604.

Ce système existait déjà dans le projet présenté par le Gouvernement en 1834. Mais, en tant qu'il s'agit d'un associé qui a obtenu un concordat particulier, il fut attaqué à plusieurs reprises dans le cours de la discussion. En 1835, un député (1) proposa de remplacer la disposition du projet par la disposition suivante : « L'associé d'une maison de commerce tombée en « faillite pourra obtenir sa réhabilitation, si un concordat particu- « lier lui a été consenti, et s'il justifie qu'il a payé intégrale- « ment, en principal, intérêts et frais, sa part proportionnelle « dans toutes les dettes de la société. » Y avait-il là une idée juste, une idée acceptable ? Il est de principe que celui qui est tenu solidairement avec d'autres doit être traité, dans ses rapports avec le créancier, comme s'il était seul débiteur : en conséquence, la disposition ainsi proposée pour former le 2e alinéa de l'art. 604 était véritablement en contradiction avec celle du 1er alinéa. Aussi l'amendement fut-il rejeté par la Chambre des députés. — La première Commission de la Chambre des pairs corrigea, dans le même sens, mais d'une manière moins radicale, le projet du Gouvernement. Elle proposa d'adopter les deux alinéas de l'article de ce projet, mais en ajoutant un 3e alinéa, ainsi conçu : « Néanmoins, lorsque le con- « cordat particulier contiendra une clause expresse par laquelle « les créanciers auront autorisé cet associé à réclamer sa réha-

(1) M. Ducos.

« bilitation, en payant la part des dettes sociales égale à la por-
« tion d'intérêt qu'il avait dans la société, il pourra l'obtenir,
« en justifiant qu'il a fait ce paiement avec des valeurs person-
« nelles et étrangères à l'actif social. » En définitive, la Chambre des pairs, dont la seconde Commission ne proposa plus de modification au système du Gouvernement, adopta purement et simplement l'article du projet de 1834. — Enfin l'amendement déjà présenté à la Chambre des députés en 1835 lui fut de nouveau présenté en 1838 ; mais elle le rejeta encore.

M. Bravard, de son côté, attaqua la disposition du 2e alinéa de l'art. 604. Il l'attaqua comme se rattachant, à titre de conséquence, au principe que, par cela seul qu'une société est déclarée en faillite, les associés solidaires se trouvent nécessairement en état de faillite (1). Le principe lui-même étant justifié, et j'ai cherché à démontrer qu'il est parfaitement exact (2), on comprend que la critique adressée à la conséquence ne peut avoir aucune valeur.

Cherchons maintenant comment devra être appliquée aux différentes hypothèses qui peuvent se présenter cette disposition du 2e alinéa de l'art. 604. Nous supposerons toujours la faillite d'une société en nom collectif. Il y avait trois associés pour parts égales, et Primus, l'un d'eux, a obtenu un concordat par lequel il lui est fait remise de 75 p. 100 : en pareille circonstance, à quelle condition l'associé Primus pourra-t-il se faire réhabiliter ?

Si Primus n'a point de créanciers personnels, s'il parvient à désintéresser complétement les créanciers sociaux, il est clair que sa réhabilitation ne peut souffrir aucune difficulté. Il en est encore de même si les créanciers sociaux ont été complétement désintéressés, non par Primus seul, mais par les trois associés, pourvu que Primus y ait contribué au moins pour la part qui lui incombe d'après l'art. 1214 du Code Napoléon. — Mais *quid* si,

(1) *Examen comparatif*, p. 149 et suiv.
(2) T. v, p. 677 et suiv.

Primus ayant payé, conformément à son concordat, 25 p. 100, les créanciers sociaux ont reçu de Secundus et de Tertius les 75 p. 100 qui leur restaient dus? En s'attachant exclusivement au texte du 2e alinéa de l'art. 604, il faudrait dire que Primus est en droit d'obtenir sa réhabilitation : car il peut justifier, je le suppose, que toutes les dettes de la société ont été intégralement acquittées en principal, intérêts et frais, et cette justification est précisément tout ce que le texte exige de lui. Je crois cependant que, dans cette situation, Primus ne devrait pas obtenir sa réhabilitation, et voici pourquoi :

J'admets bien qu'il n'est pas nécessaire que les créanciers sociaux aient été désintéressés exclusivement par l'associé Primus : décider le contraire serait évidemment commettre une injustice à l'encontre de Primus (1). Mais j'exige du moins que Primus ait contribué pour sa part (pour un tiers, dans l'espèce, ou même pour une fraction plus forte en cas d'insolvabilité d'un de ses associés) au paiement des dettes sociales : s'il n'y a pas contribué en proportion de la part qui lui incombe en vertu du droit commun, il reste débiteur de ses deux associés ou de l'un d'eux, et, par conséquent, d'après la règle même que pose le 1er alinéa de notre art. 604, il n'est pas digne d'être réhabilité. Restant débiteur de ses associés ou de l'un d'eux, c'est comme s'il n'avait pas intégralement payé une dette personnelle dont il était tenu au moment où a été rendu le jugement déclaratif; or l'existence de cette dette personnelle suffirait certainement, quoique le 2e alinéa de notre art. 604 n'en dise rien, pour rendre impossible la réhabilitation.

En un mot, le 2e alinéa de l'art. 604 n'est autre chose qu'une sorte d'explication ou de développement du principe posé dans

(1) Les dettes sociales ont été intégralement payées : du moment que Secundus et Tertius ont contribué à ce paiement pour une part quelconque, fût-ce seulement pour 1/20, pour une part bien inférieure à celle qu'ils devaient supporter en définitive, Primus se trouverait à tout jamais dans l'impossibilité d'obtenir sa réhabilitation! Un pareil résultat n'a pas besoin d'être réfuté.

.e 1er, ce n'est certes pas une restriction apportée à ce principe; et la disposition du 1er alinéa s'oppose manifestement à ce qu'un failli puisse être réhabilité tant que les sommes par lui dues, soit purement et simplement, soit même conditionnellement, lors de la déclaration de faillite, n'ont pas été intégralement acquittées (1).

— En résumé, pour qu'un failli puisse être réhabilité il faut et il suffit qu'il ne doive plus rien, que ses créanciers aient été complétement désintéressés soit par lui-même, soit pour partie par ceux qui étaient tenus solidairement avec lui. Le projet présenté par le Gouvernement en 1834 exigeait quelque chose de plus : il fallait que le tribunal de commerce, en accordant l'homologation du concordat, ou en prononçant sur l'excusabilité du failli, ou en prononçant la clôture des opérations de la faillite pour insuffisance de l'actif, eût expressément déclaré le failli susceptible d'être réhabilité (2). Ce système fut vivement attaqué par M. Bravard :

(1) La doctrine qui vient d'être exposée paraît bien être, au fond, celle de M. Bédarride. Mais cet auteur s'est laissé aller, au moins dans la forme, à une singulière contradiction. En effet, il commence par dire (t. III, nº 1313) : « L'associé en nom collectif, qui veut se faire réhabiliter, est obligé d'ac- « quitter toutes les dettes de la société... » Nous serions autorisés à en conclure d'abord que, si les dettes de la société avaient été payées par un associé pour les 9/10 et par un autre pour 1/10, le premier, pas plus que le second, ne pourrait obtenir sa réhabilitation ; et, de même, que, si elles avaient été payées par deux associés, chacun pour moitié, aucun d'eux n'aurait droit à la réhabilitation. C'est évidemment aller au-delà de ce qu'exige le texte. D'ailleurs, M. Bédarride lui-même s'empresse d'ajouter (nº 1314) : « Si, après la réhabilitation de l'un des associés, un second vou- « lait l'acquérir, il ne pourrait l'obtenir qu'en justifiant qu'il a désintéressé « le premier dans les proportions établies par les art. 1213 et 1214 du Code « Napoléon. » Qu'importe que la dette ait été dans le principe payée par un seul associé, qu'un autre est venu ensuite rembourser pour sa part, ou que dès le principe deux associés l'aient payée tout entière chacun pour moitié? La seule différence, c'est que dans un cas le droit à la réhabilitation n'est acquis que successivement par les deux associés, tandis que dans l'autre les deux associés y ont eu droit au même instant.

(2) Voy., dans le projet adopté en 1835 par la Chambre des députés, les art. 517, 536 et 540.

« Le nouveau projet, disait M. Bravard, admet à la réhabili-
« tation le banqueroutier simple lui-même, qui a subi sa peine ;
« or, je le demande, serait-il conséquent de refuser le bénéfice
« de la réhabilitation au simple failli parce qu'il n'aurait pas été
« déclaré excusable et susceptible de réhabilitation, et de l'accor-
« der au banqueroutier? N'excluant pas le banqueroutier simple,
« on ne peut pas, évidemment, sans inconséquence, exclure le
« failli, qui, pur de tout fait de fraude ou d'inconduite, n'a
« contre lui que de n'avoir pas été trouvé exempt de tout re-
« proche, et qui paie loyalement tous ses créanciers.

« ...Il faut donc effacer du nouveau projet les dispositions
« portant que le tribunal déclarera si le failli est *susceptible d'être*
« *réhabilité* ou ne l'est pas. Il faut les en effacer : car, d'un
« côté, si le tribunal déclarait que le failli n'est pas susceptible
« d'être réhabilité, il y aurait une contradiction choquante à
« l'admettre plus tard à la réhabilitation ; et cependant, d'un
« autre côté, puisqu'on admet à la réhabilitation le banque-
« routier lui-même, qui ne peut jamais être déclaré excu-
« sable (1), on ne peut pas, sans tomber dans la plus grossière
« des inconséquences, en exclure le simple failli, qu'il ait été
« ou non déclaré susceptible d'être réhabilité » (2).

La critique de M. Bravard a été prise en considération par le législateur. La règle que consacre la loi de 1838, c'est qu'en général tout failli qui a désintéressé ses créanciers peut obtenir sa réhabilitation, et qu'il n'est pas nécessaire pour cela que le tribunal de commerce l'ait d'avance déclaré susceptible d'être réhabilité (3).

(1) Cette observation est présentée en termes trop absolus : elle n'est vraie qu'en ce qui concerne le *banqueroutier simple qui serait en état de récidive*. En effet, le projet que M. Bravard avait sous les yeux contenait les deux dispositions suivantes : *Ne pourront être déclarés excusables les banqueroutiers simples qui seraient en état de récidive* (art. 538); — *Pourra être admis à la réhabilitation le banqueroutier simple qui aura subi la peine à laquelle il aura été condamné* (art. 612).

(2) *Examen comparatif*, p. 148 et 149.

(3) Ainsi, l'art. 517 du projet comprenait les deux dispositions suivan-

— Il y a certains faillis qui par exception ne peuvent jamais être réhabilités : eussent-ils intégralement désintéressé leurs créanciers, ils restent indignes, aux yeux de la loi, d'obtenir le bénéfice de la réhabilitation. Quels sont ces faillis? Le nouvel art. 612 en contient la liste : « Ne seront point admis à la réha- « bilitation, dit cet article, les banqueroutiers frauduleux, les « personnes condamnées pour vol, escroquerie ou abus de con- « fiance, les stellionataires, ni les tuteurs, administrateurs ou « autres comptables qui n'auront pas rendu et soldé leurs « comptes » (1). L'article ajoute : « Pourra être admis à la réha-

tes : « En cas d'inobservation des règles ci-dessus prescrites, ou lorsque « des motifs tirés, soit de l'intérêt public, soit de l'intérêt des créanciers, « paraîtront de nature à empêcher le concordat, le tribunal en refusera « l'homologation. — S'il accorde l'homologation, le tribunal pourra décla- « rer le failli excusable, et susceptible d'être réhabilité, aux conditions « exprimées au Titre ci-après *De la réhabilitation.* » De ces deux dispositions, la dernière a complétement disparu, l'autre est devenue l'art. 515 de la loi nouvelle.

De même, l'art. 536 du projet était ainsi conçu : « Le juge-commissaire « présentera au tribunal la délibération des créanciers relative à l'excusa- « bilité du failli, et un rapport sur les caractères et les circonstances de la « faillite. Le tribunal prononcera si le failli est, ou non, excusable et sus- « ceptible d'être réhabilité. » Ceci est devenu l'art. 538 de la loi nouvelle, sauf les derniers mots *et susceptible d'être réhabilité*, qui ont été supprimés.

Enfin l'art. 540 du projet disait : « Aucun débiteur commerçant ne sera « recevable à demander son admission au bénéfice de cession de biens. — « Dans le cas prévu par l'art. 525 (devenu, dans la loi, l'art. 527), le juge- « ment qui prononcera la clôture des opérations de la faillite déclarera si « le failli est, ou non, excusable et susceptible d'être réhabilité... » Cette dernière disposition n'a point passé dans la loi.

Il est donc incontestable que le système du projet relativement aux conditions de la réhabilitation a été, en définitive, assez gravement modifié par le législateur.

(1) Une énumération presque semblable se trouvait déjà dans l'art. 612 du Code de 1808. Le législateur de 1838 a seulement modifié en deux points la disposition de cet ancien art. 612 : 1° L'ancien texte ne parlait pas des *personnes condamnées pour abus de confiance*, la loi nouvelle les met sur la même ligne que les *personnes condamnées pour vol ou pour escroquerie ;* — 2° L'ancien texte parlait de personnes comptables qui n'auront pas *rendu ou apuré leurs comptes*, la loi nouvelle parle de comptables qui n'auront pas *rendu et soldé leurs comptes*. Du reste, le comptable qui n'a pas rendu et soldé ses comptes paraît exclu, par la règle même que pose l'art. 604,

« bilitation le banqueroutier simple qui aura subi la peine à « laquelle il aura été condamné » (1).

La loi me paraît trop sévère, en tant que, d'une manière absolue, elle exclut *les stellionataires* du bénéfice de la réhabilitation. En effet, on peut comprendre qu'elle mette sur la même ligne que les personnes condamnées pour vol, pour escroquerie ou pour abus de confiance, le stellionataire de mauvaise foi, qui a commis un véritable mensonge pour tromper son acheteur ou son créancier (C. Nap., art. 2059). Mais supposons un mari ou un tuteur, qui hypothèque un immeuble à lui appartenant, sur lequel inscription n'a pas été prise pour la femme ou pour le mineur, et qui ne songe pas à déclarer à son créancier l'existence de l'hypothèque légale (C. Nap., art. 2136) : est-il possible d'admettre raisonnablement que, si ce mari ou ce tuteur, ayant fait faillite, est ensuite parvenu à désintéresser intégralement tous ses créanciers, il doit néanmoins lui être interdit à perpétuité de prétendre au bénéfice de la réhabilitation?

Le failli qui a été condamné par un tribunal criminel comme banqueroutier frauduleux, comme coupable de vol, d'escroquerie ou d'abus de confiance, peut bien être réhabilité *en tant que condamné*, aux conditions réglées par le Code d'instruction criminelle (2). Mais, même après avoir été ainsi réhabilité, il reste incapable d'obtenir sa réhabilitation *en tant que failli*. Il ne peut y avoir à cet égard aucune espèce de doute, en présence du nouvel art. 634 du Code d'instruction criminelle, dont le 2e alinéa s'exprime ainsi : « Les interdictions prononcées par l'art. 612 « du Code de commerce sont maintenues, nonobstant la réha-

du bénéfice de la réhabilitation : car on ne peut pas dire qu'il ait intégralement acquitté, en principal, intérêts et frais, toutes les sommes par lui dues. — Les comptables, en général (sauf les comptables de deniers publics), peuvent être déclarés excusables. Comp. le nouvel art. 540.

(1) Cette disposition était déjà dans le Code de 1808, où elle formait l'art. 613.

(2) Voy. les art. 619 et 623 (ci-dessus p. 158, note).

« bilitation obtenue en vertu des dispositions qui précèdent. » On ne peut donc s'expliquer que par la plus étrange distraction le passage suivant que contient la 3e édition du *Traité des faillites et banqueroutes* de M. Renouard :

« Les condamnations pour crime de banqueroute frauduleuse, « pour délit de banqueroute simple, pourront être suivies de « réhabilitation. Cette réhabilitation effacera les conséquences « de ces condamnations et relèvera des incapacités qui y sont « attachées ; elle n'effacera pas la faillite, elle ne relèvera pas « des incapacités attachées à l'état de failli. La réhabilitation « commerciale, poursuivie et prononcée conformément à la loi « commerciale de 1838, demeure nécessaire pour que le failli « cesse de l'être et soit rendu à la capacité dont la faillite l'a « privé. — La nouvelle rédaction de l'art. 623 du Code d'ins- « truction criminelle exige du condamné pour banqueroute « frauduleuse, s'il veut obtenir sa réhabilitation pénale, qu'il « justifie du paiement du passif de la faillite, en capital, intérêts « et frais, ou de la remise qui lui en aura été faite. Pour qu'il « obtienne sa réhabilitation commerciale, la remise à lui faite « de tout ou partie de sa dette n'est point prise en considération ; « l'art. 604 du Code de commerce reste en vigueur et ne se con- « tente que d'un paiement intégral » (1).

Si je comprends la langue française, il résulte clairement de ce passage que sans doute le banqueroutier frauduleux qui a obtenu sa réhabilitation *pénale* n'est point par cela même réhabilité *commercialement*, mais qu'il peut très-bien l'être en se conformant aux art. 604 et suiv. du Code de commerce. Or le nouvel art. 634 du Code d'instruction criminelle décide, aussi formellement que possible, que le banqueroutier frauduleux qui a obtenu sa réhabilitation *pénale* reste sous le coup de l'article 612 du Code de commerce, c'est-à-dire demeure à tout jamais incapable d'obtenir sa réhabilitation *commerciale*. Et l'erreur de M. Renouard est d'autant plus extraordinaire que

(1) T. II, p. 501.

le passage que je viens de reproduire est immédiatement suivi (1) du texte de cet art. 634, qui le contredit de la manière la plus manifeste (2).

De même que certains faillis sont, comme nous venons de le voir, exclus du bénéfice de la réhabilitation *commerciale*, de même certains condamnés pour crime ou pour délit sont exclus du bénéfice de la réhabilitation *pénale*. Mais ce ne sont pas les mêmes causes qui rendent indigne de l'une et de l'autre réhabilitation (3).

— L'existence actuelle du failli n'est pas une condition nécessaire pour que sa réhabilitation *commerciale* puisse être prononcée. On le décidait ainsi sous l'empire du Code de 1808, bien qu'il fût muet à cet égard (4). Aujourd'hui le nouvel art. 614 dit positivement que « le failli pourra être réhabilité « après sa mort » (5).

(1) Même p. 501.

(2) Du reste, cette disposition de l'art. 634 a été l'objet de très-vives critiques. M. Bédarride (t. III, n° 1330 *bis*) la considère « comme entachée « d'une sévérité d'autant plus regrettable qu'elle ne saurait se justifier « d'une manière plausible, qu'elle méconnaît le caractère de la réhabilita- « tion *civile* (c'est-à-dire *après condamnation*), qu'elle n'est un danger que « pour les créanciers. »

(3) Il résulte de l'art. 634 du Code d'instruction criminelle, rectifié par la loi du 3 juillet 1852, 1° que l'individu, condamné pour crime, qui aura commis un second crime et subi une nouvelle condamnation à une peine afflictive ou infamante, ne sera jamais admis à la réhabilitation ; 2° que le condamné qui, après avoir obtenu sa réhabilitation, aura encouru une nouvelle condamnation, ne sera plus admis à se prévaloir de la réhabilitation par lui obtenue et ne pourra pas se faire de nouveau réhabiliter.

(4) C'est ce que dit M. Renouard, dans son rapport à la Chambre des députés.

(5) Cette disposition n'a plus aujourd'hui la même importance qu'autrefois. En effet, comme nous le verrons bientôt, en traitant des effets de la réhabilitation, il résultait d'un article de la Constitution de l'an VIII, resté en vigueur jusqu'en 1848, que l'héritier immédiat d'un failli non réhabilité était frappé d'incapacité politique comme le failli lui-même ; aujourd'hui, au contraire, l'incapacité atteint le failli seulement et non son héritier.

§ II. De la procédure a suivre pour obtenir la réhabilitation.

Avant la Révolution, la *réhabilitation dans la bonne fame et renommée* était considérée comme dépendant de la puissance du souverain et par conséquent comme ne pouvant avoir lieu qu'en vertu de lettres du grand sceau. « C'est en conformité de cette « maxime, dit Merlin (1), que, par arrêt du 24 avril 1723, le « Conseil a cassé deux arrêts du Parlement de Toulouse, des « 21 août et 26 septembre 1722, en ce qu'*ils avaient rétabli « François Coustc, marchand à Montpellier, en sa bonne renom- « mée et en tous les honneurs, priviléges et avantages dont il était « en droit de jouir avant le contrat d'atermoiement par lui passé « avec ses créanciers ;* et il a été fait défense à cette Cour de rendre « de semblables arrêts à l'avenir » (2).

D'après l'art. 394 du projet de Code de commerce présenté aux Consuls le 13 frimaire an X, le tribunal de commerce devait prononcer, contradictoirement avec le Commissaire du Gouvernement, sur la demande en réhabilitation. La Cour d'appel de Paris voulait que le tribunal civil fût substitué au tribunal de commerce. Au Conseil d'Etat, on proposa le système suivant : « La demande en réhabilitation sera présentée au

(1) *Répertoire*, v° *Réhabilitation*, § II.

(2) L'individu condamné à une peine infamante se faisait également réhabiliter par lettres du grand sceau. *Sa Majesté*, disaient ces lettres, *veut que, pour les condamnations prononcées contre l'impétrant, il ne lui soit imputé aucune incapacité ou note d'infamie, et qu'il puisse posséder ou exercer toutes sortes d'offices.* L'arrêt ou le jugement en dernier ressort qui avait condamné l'impétrant devait être attaché sous le contre-scel des lettres de réhabilitation. Voy. l'Ordonnance criminelle du mois d'août 1570, Titre XVI.

Le Code pénal de 1791 abolit l'usage des lettres de réhabilitation, et décida que la réhabilitation serait prononcée par le tribunal criminel du département, sur l'attestation et la demande du conseil général de la commune (voy. le Titre VII de la 1re partie).

chef du Gouvernement, par l'intermédiaire du Grand-Juge ministre de la justice ; le Grand-Juge renverra la pétition, s'il y a lieu, au procureur-général de la Cour d'appel dans le ressort de laquelle le pétitionnaire est domicilié ; la décision de la Cour sera adressée au Grand-Juge, qui en fera le rapport au chef du Gouvernement, pour être statué par lui en Conseil d'Etat. » Après une discussion très-vive, le Conseil d'Etat arrêta en principe que les demandes en réhabilitation seraient renvoyées aux Cours d'appel, lesquelles prononceraient définitivement. C'est le système qui a passé dans le Code qui a été maintenu en 1838 (1).

Voyons maintenant en détail quelle est la marche à suivre, la procédure prescrite par la loi, pour arriver à faire prononcer la réhabilitation. Nous trouvons à cet égard, dans la loi commerciale, des dispositions qui en général ne peuvent donner lieu à aucune difficulté et qui pourraient même se passer de tout commentaire.

« Toute demande en réhabilitation, dit d'abord l'art. 605, « sera adressée à la Cour impériale dans le ressort de laquelle « le failli sera domicilié. Le demandeur devra joindre à sa re- « quête les quittances et autres pièces justificatives » (2). — Le failli qui veut obtenir sa réhabilitation, n'ayant point d'adversaire déterminé, procède par voie de requête. La requête qu'il adresse à la Cour impériale doit être signée par un avoué (3).

(1) Au contraire, en matière criminelle, la Cour d'appel donne seulement son avis sur la demande en réhabilitation ; et, quand cet avis est favorable, l'Empereur peut accorder des lettres de réhabilitation. Cela était déjà dans le Code d'instruction criminelle de 1808, et le même principe est consacré par la loi du 3 juillet 1852.

(2) Même disposition dans les art. 604 et 605 du Code de 1808.

En matière criminelle, le condamné adresse sa demande en réhabilitation au procureur impérial de l'arrondissement où il a son domicile. Voy. le nouvel art. 622 du Code d'instruction criminelle.

(3) L'art. 414 du Code de procédure dit bien que la procédure devant les tribunaux de commerce se fait sans le ministère d'avoués ; mais devant les Cours impériales, même en matière de commerce, le ministère des avoués est toujours obligatoire (voy. l'art. 648 du Code de commerce).

— Quelles sont les *pièces justificatives*, autres que *quittances*, dont parle l'art. 605 *in fine?* Ce sont, par exemple, des pièces établissant que le failli se trouve complétement libéré envers un de ses créanciers par l'effet d'une *compensation :* évidemment, quand il y a eu compensation, c'est comme si le failli avait payé. Dites-en autant de pièces établissant que le failli a succédé à l'un de ses créanciers et qu'il se trouve complétement libéré par *confusion* (1).

Quelles mesures vont maintenant être prises pour permettre à la Cour impériale de statuer en parfaite connaissance de cause sur la demande en réhabilitation dont elle est saisie ? Voici ce que nous lisons à cet égard dans l'art. 606 : « Le pro-« cureur général près la Cour impériale, sur la communication « qui lui aura été faite de la requête, en adressera des expédi-« tions certifiées de lui au procureur impérial et au président « du tribunal de commerce du domicile du demandeur, et, si « celui-ci a changé de domicile depuis la faillite, au procureur « impérial et au président du tribunal de commerce de l'arron-« dissement où elle a eu lieu, en les chargeant de recueillir « tous les renseignements qu'ils pourront se procurer sur la « vérité des faits exposés » (2). — Sur cet article, je me bornerai à remarquer que les renseignements demandés au procureur impérial et au président du tribunal de commerce portent seulement sur la vérité des faits exposés dans la requête, c'est-à-

(1) Supposons un failli, resté débiteur de 20,000 fr. envers Paul ; il succède à Paul pour moitié, et les valeurs auxquelles il a droit *jure successionis* dépassent certainement ce qu'il devra fournir à son cohéritier : peut-il obtenir sa réhabilitation avant même d'avoir fait un paiement effectif ou d'avoir subi dans le partage avec son cohéritier un rapport en moins prenant? La Cour de Pau, par son arrêt du 19 avril 1853, a décidé, contrairement aux conclusions du procureur général, qu'il ne le peut pas (Dev.-Car., 53, 2, 489). Cette décision peut paraître bien rigoureuse ; mais il faut convenir qu'elle est parfaitement d'accord avec le texte de la loi. Tant qu'il n'y a pas eu paiement effectif ou rapport en moins prenant, le faill n'est pas libéré de toute sa dette : dans l'espèce, la confusion l'avait seulement libéré de moitié.

(2) C'est la reproduction presque littérale de l'ancien art. 606.

dire sur le point de savoir si le failli demandeur a bien réellement acquitté, en principal, intérêts et frais, toutes les sommes par lui dues (1).

Comment s'y prendront le procureur impérial et le président du tribunal de commerce pour recueillir les renseignements qu'on leur demande? Le meilleur moyen est de donner une grande publicité à la requête du failli et d'admettre les parties intéressées à former opposition. « A cet effet, dit l'art. 607, à la « diligence tant du procureur impérial que du président du tri- « bunal de commerce, copie de ladite requête restera affichée « pendant un délai de deux mois, tant dans les salles d'audience « de chaque tribunal qu'à la Bourse et à la maison commune, « et sera insérée par extrait dans les papiers publics. » Et l'art. 608 ajoute : « Tout créancier qui n'aura pas été payé in- « tégralement de sa créance en principal, intérêts et frais, et « toute autre partie intéressée, pourra, pendant la durée de « l'affiche, former opposition à la réhabilitation, par simple « acte au greffe, appuyé des pièces justificatives. Le créancier « opposant ne pourra jamais être partie dans la procédure de « réhabilitation » (2). Ainsi, le droit de former opposition appartient d'abord à tout créancier non complétement payé par le failli; il appartient, de plus, à *toute autre partie intéressée*. Que signifient ces derniers mots? Je crois que la partie intéressée dont parle la loi est toujours un créancier; et cela est d'accord avec la dernière phrase de l'art. 608 : *Le créancier opposant ne pourra jamais être partie*, etc. En effet, il n'est pas

(1) Il en est tout autrement quand il s'agit de la demande en réhabilitation formée par un condamné. Ici le procureur impérial, à qui la demande a été adressée, provoque, par l'intermédiaire du sous-préfet, des attestations, délibérées par les conseils municipaux des communes où le condamné a résidé, faisant connaître la durée de sa résidence dans chaque commune, sa conduite pendant la durée de son séjour, ses moyens d'existence pendant le même temps. Voy. le nouvel art. 624 du Code d'instruction criminelle.

(2) Au fond, ces deux articles ne sont que la reproduction des anciens art. 607 et 608.

possible d'admettre qu'il existe des opposants non créanciers qui, à la différence des créanciers opposants, pourraient être parties dans la procédure. L'opposant est donc toujours un créancier du failli : si ce créancier n'a pas été complétement payé, on voit sur quoi sera fondée son opposition ; s'il a été complétement payé, il peut dire que la réhabilitation n'est pas possible, parce que le failli se trouve dans l'un des cas prévus par l'art. 612.

Il résulte de l'art. 608 que l'opposition peut être formée *pendant la durée de l'affiche;* et, comme, aux termes de l'art. 607, l'affiche reste apposée pendant un délai de deux mois, on pourrait croire qu'aucune opposition n'est plus recevable après l'expiration de ce délai. Mais tel ne paraît pas être le sens de l'art. 608. Cet article n'a rien de restrictif ; et, tant que la Cour n'a pas statué, elle doit évidemment accueillir tous renseignements qui tendent à démontrer que le failli n'est pas dans les conditions exigées par la loi pour pouvoir être réhabilité. Comme le dit la Cour de Pau, dans son arrêt du 19 avril 1853, « en droit, le délai dont parle l'art. 608, pour l'exercice « de la faculté qu'il accorde à tout créancier non payé et à toute « autre personne intéressée, n'est pas de rigueur : ainsi l'oppo- « sition peut encore être reçue après l'expiration des deux « mois pendant lesquels la demande en réhabilitation doit être « affichée... » (1).

L'ancien art. 608 se terminait par la disposition suivante : « Le créancier opposant ne pourra jamais être partie dans la « procédure tenue pour la réhabilitation, sans préjudice toute- « fois de ses autres droits. » Cette disposition paraît avoir été adoptée par le Conseil d'État sous l'empire de deux idées différentes, l'une favorable au failli, l'autre favorable à l'opposant. En effet, d'une part, voici ce que je lis dans le procès-verbal de la séance du 5 mai 1807 :

« Suivant M. Defermon, pour que la condition du paiement

(1) Dev.-Car., 53, 2, 489.

intégral ne soit pas éludée il est nécessaire que la réhabilitation soit prononcée contradictoirement avec les créanciers.

« M. l'ARCHICHANCELIER dit qu'il admettrait la réhabilitation contradictoire et qu'il exigerait même l'affirmation du créancier, s'il n'était à craindre que des créanciers de mauvaise foi ne fissent acheter leur consentement quoiqu'ils fussent payés. — Peut-être serait-il mieux de charger la Cour d'appel de vérifier la réalité des paiements....

« M. l'ARCHICHANCELIER dit qu'il ne faut pas rendre la réhabilitation facile, mais qu'aussi on ne peut l'entourer de formes qui la rendent trop difficile, sans tomber dans l'inconvénient d'ôter toute espérance au failli et de l'accoutumer à la honte par le désespoir de l'effacer. — M. l'ARCHICHANCELIER voudrait que la demande en réhabilitation ne fût pas introduite contradictoirement avec les créanciers, mais qu'on accordât à la Cour d'appel un pouvoir discrétionnaire pour vérifier les faits...

« La proposition de M. l'archichancelier est adoptée » (1).

Mais, d'autre part, dans le procès-verbal de la séance du 12 mai 1807 je trouve ce qui suit :

« M. REGNAUD (de Saint-Jean-d'Angely) pense que, si on renvoie la réhabilitation aux tribunaux, il faut supprimer les oppositions. Il n'en serait pas formé : car personne n'aime à plaider, et l'on évite souvent les procès dans lesquels le succès même ne sert pas l'intérêt du demandeur. On pourrait donc substituer aux oppositions une forme qui n'obligerait pas les réclamants à se mettre en cause : il suffirait qu'ils remissent copie de leur titre au procureur-général; ce magistrat prendrait des renseignements et agirait d'office. »

Le rédacteur de l'art. 608 a fait droit tout à la fois à l'observation de l'archichancelier et à celle de Regnaud (de Saint-Jean-d'Angély). La personne qui forme opposition ne sera point

(1) Son idée était évidemment d'empêcher que la réhabilitation ne fût trop difficile, trop pénible pour le failli, et, par exemple, d'empêcher que le failli ne se trouvât trop complétement à la discrétion de créanciers de mauvaise foi.

partie dans la procédure : elle se borne à déposer au greffe un simple acte, appuyé des pièces justificatives. De cette manière, on évite un double inconvénient, savoir : d'un côté, l'inconvénient qu'il pourrait y avoir à ce qu'un créancier animé de sentiments hostiles contre le failli vînt devant la Cour, dans un débat contradictoire, lutter avec acharnement contre une demande en réhabilitation parfaitement fondée, et, d'un autre côté, le danger qu'un créancier en état d'éclairer la justice sur la véritable position du failli ne reculât souvent devant la nécessité où il serait de venir plaider, de venir jouer un rôle actif dans une instance judiciaire.

Le législateur de 1838 a bien reproduit cette disposition : « Le créancier opposant ne pourra jamais être partie dans la « procédure de réhabilitation. » Il a seulement supprimé les derniers mots de l'ancien art. 608 : *sans préjudice toutefois de ses autres droits*. Pourquoi cette suppression ? Ici je ne puis certainement mieux faire que de laisser parler M. Renouard : « Ces derniers mots, dit M. Renouard (1), étaient inexacts : car « ils semblaient priver les créanciers d'un de leurs droits, en « leur conservant les autres. Ils étaient hors de place, jetés « dans un Titre étranger au règlement des droits des créanciers. « Ils étaient superflus : car ils exprimaient une réserve trop « évidente par elle-même pour avoir besoin d'être écrite. La « loi, en confiant à l'autorité judiciaire la déclaration solemnelle « de la libération du failli, ouvre préalablement une enquête « pour laquelle elle rassemble tous les éléments de vérification et « de notoriété. Elle n'appelle pas directement et individuelle- « ment les créanciers; elle les provoque, non pas à faire valoir « leurs droits, mais à porter témoignage en cas de non-extinc- « tion de leur créance. L'arrêt de réhabilitation ne juge rien; il « n'opère pas la libération, il la proclame. Le créancier à l'op- « position duquel on ne s'est pas arrêté conserve tous ses « droits. Celui qui n'a pas jugé à propos de former opposition

(1) T. II, p. 518.

« peut attirer sur la légitimité de son titre des soupçons qu'on « lui opposera plus tard ; mais il n'encourt aucune forclusion. »

Lorsque l'extrait de la requête à fin de réhabilitation sera resté affiché pendant le temps voulu, qu'y aura-t-il à faire? « Après l'expiration de deux mois, dit l'art. 609, le procureur « impérial et le président du tribunal de commerce transmet- « tront, chacun séparément, au procureur général près la Cour « impériale, les renseignements qu'ils auront recueillis et les « oppositions qui auront pu être formées; ils y joindront leurs « avis sur la demande » (1).

Deux questions principales peuvent se présenter à propos de cet art. 609 :

D'abord on peut se demander à quoi s'appliquent, sur quoi portent, les renseignements recueillis par le procureur impérial et par le président du tribunal de commerce, ainsi que l'avis personnel des mêmes magistrats, renseignements et avis qu'ils doivent transmettre au procureur général. S'agit-il d'éclairer le procureur général sur la réputation, sur la moralité du failli? Non : le procureur général n'a point besoin d'être éclairé à cet égard, attendu, comme nous le verrons bientôt, que la Cour, pour savoir si elle doit admettre ou rejeter la demande en réhabilitation, doit exclusivement s'attacher à cette circonstance : Le failli a-t-il, ou n'a-t-il pas, complétement désintéressé ses créanciers? Il en était déjà ainsi sous l'empire du Code de 1808. Aujourd'hui cela est encore plus certain, s'il est possible, le législateur ayant supprimé dans l'art. 609 des expressions qui avaient quelque chose d'équivoque (2). Le principe ressort, d'ail-

(1) L'ancien art. 609 s'exprimait de même. Seulement, il voulait que le procureur impérial et le président du tribunal de commerce transmissent au procureur général, indépendamment des renseignements par eux recueillis et des oppositions qui avaient pu être formées, *les connaissances particulières qu'ils auraient sur la conduite du failli.*

Quand il s'agit de la réhabilitation d'un condamné, le procureur impérial à qui la demande a été adressée transmet son avis au procureur général (C. d'instr. crim., nouvel art. 625 *in fine*).

(2) Voy. la note précédente.

leurs, du texte même de l'art. 606, comme nous l'avons déjà remarqué (1).

Une autre question qui peut être examinée à propos de l'article 609, c'est de savoir si le procureur général a le droit de chercher à s'éclairer autrement qu'à l'aide des renseignements et des avis qui lui sont adressés conformément à la prescription de cet article, par exemple en suivant lui-même une enquête; et, une fois admis qu'il en a le droit, si du moins les procès-verbaux dressés, ainsi que les conclusions écrites par lesquelles le ministère public combat la demande en réhabilitation, ne doivent pas être communiqués au failli. La question s'est présentée dans la pratique. En premier lieu, si nous supposons que le procureur général ne se trouve pas suffisamment éclairé par les renseignements et par les avis qu'ont dû lui transmettre le procureur impérial et le président du tribunal de commerce, je ne comprends pas sur quoi on se fonderait sérieusement pour dire qu'il n'a pas le droit de recourir à d'autres moyens d'information. Sans doute, il doit toujours consulter les renseignements et les avis qui lui sont transmis par application de notre art. 609, et la plupart du temps il obtiendra ainsi des lumières suffisantes pour mettre la Cour impériale à même de statuer en parfaite connaissance de cause. Mais enfin, si le procureur général a encore des doutes, comme après tout l'essentiel est que la réhabilitation soit accordée lorsque réellement les créanciers ont été désintéressés, et qu'elle soit refusée lorsqu'ils ne l'ont pas été, le procureur général peut parfaitement employer tous les moyens d'information qui lui paraîtront les plus propres à amener la découverte de la vérité. Ce premier point ne me paraît pas susceptible de faire difficulté (2).

(1) Voy. ci-dessus, p. 171.

(2) Un arrêt de la Cour de Paris, du 27 juin 1857, qui déclarait mal fondée une demande en réhabilitation, a été attaqué par le motif qu'il avait considéré comme régulières les informations résultant d'une enquête suivie par le procureur général, en dehors et indépendamment des renseignements déjà recueillis, conformément au vœu de la loi, par le procureur

Maintenant, le failli n'a-t-il pas le droit d'obtenir communication, avant l'arrêt qui va statuer sur sa demande, d'abord des pièces et documents qui ont pu contribuer à former l'opinion du procureur général, et puis surtout des conclusions écrites de ce magistrat? C'est ici un point beaucoup plus délicat, et sur lequel la jurisprudence ne s'est pas encore prononcée d'une manière bien nette. Voici, en effet, les *considérants* d'un arrêt assez récent de la Cour de cassation, rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt déjà cité de la Cour de Paris du 27 juin 1857 :

« Quant au moyen fondé sur ce qu'il y aurait eu violation « des art. 606, 608 et 609 du Code de commerce, 75 et suiv. « et 256 du Code de procédure, 302 et 305 du Code d'instruc- « tion criminelle, et violation du principe du droit de la défense : « — Attendu que, lorsqu'une demande en réhabilitation est « formée par un failli, la loi charge le ministère public de « contrôler la demande et de vérifier les allégations du deman- « deur, mais que, dans ce cas, le procureur général ne pro- « cède pas par voie d'instruction judiciaire ; qu'au contraire, « l'art. 606 du Code de commerce, en donnant à ce magistrat « la mission de prendre des renseignements sur la vérité des « faits allégués par le demandeur en réhabilitation, indique « clairement qu'il s'agit d'une information purement confiden- « tielle, dont aucune disposition légale ne prescrit la commu- « nication au failli ; — Attendu, d'ailleurs, qu'il est constaté « en fait, par l'arrêt attaqué, que G. a été informé par le con- « seiller-rapporteur que les conclusions du ministère public lui « seraient contraires, et qu'il a été en mesure de donner les « explications nouvelles que pouvaient nécessiter les rensei- « gnements transmis à la Cour... » (1).

Je dis que la doctrine de la Cour de cassation n'apparaît pas bien nettement dans cet arrêt. En effet, sans doute la Cour

impérial et par le président du tribunal de commerce. Mais, sans s'arrêter à ce moyen, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi par un arrêt sur lequel je reviendrai dans un instant.

(1) Arrêt du 17 novembre 1857 (Dev.-Car., 58, 1, 679).

reconnaît que la loi n'a pas organisé ici une instruction judiciaire, qu'il s'agit d'une information purement confidentielle; mais, d'un autre côté, pour rejeter le pourvoi du failli dont la demande en réhabilitation n'avait pas été admise, elle invoque la circonstance que le conseiller-rapporteur avait informé ce failli que les conclusions du ministère public lui seraient contraires. Nous ne pouvons donc pas savoir si, dans la doctrine de la Cour de cassation, la Cour impériale peut valablement repousser la demande en réhabilitation sans qu'au préalable aucune connaissance ait été donnée au failli des renseignements parvenus au procureur général et de l'opinion personnelle de ce magistrat.

Quant à moi, j'incline à croire, dans le silence gardé sur ce point par nos articles, que l'arrêt de la Cour impériale qui repousse la demande en réhabilitation ne peut jamais être cassé par le seul motif que l'opinion du procureur général, fondée sur les renseignements qu'il a recueillis, n'a pas été portée à la connaissance du failli, ou, en d'autres termes, par le seul motif qu'on n'a pas mis le failli à même de réfuter les objections présentées contre sa demande. C'est au failli, dans la requête même qu'il adresse à la Cour, à établir clairement qu'il a droit au bénéfice de la réhabilitation, et, autant que possible, à prévoir toutes les objections que sa demande pourra soulever. — Du reste, il va sans dire qu'il est à désirer que le failli ne puisse jamais être victime d'une surprise, et que, par conséquent, on le mette toujours à même de s'expliquer sur des circonstances qu'il aurait laissées de côté dans sa requête et qui cependant paraîtraient de nature à faire repousser sa demande (1). Il est bien entendu, en effet, qu'à toute époque de la procédure, tant que l'arrêt de la Cour impériale n'est pas rendu, le failli peut

(1) Comme le dit M. Bédarride (t. III, no 1323), « l'équité exige que com-« munication soit donnée au demandeur, des renseignements défavorables « et des oppositions qui ont été réalisées. » Il y a là un devoir d'équité; il n'y a pas un devoir légal, dont la violation puisse donner ouverture à cassation.

faire parvenir aux magistrats de nouveaux moyens et de nouvelles pièces à l'appui de sa demande.

— Est-ce au failli, qui a saisi la Cour impériale de sa demande à fin de réhabilitation, à provoquer, à poursuivre la décision de cette Cour, lorsque les deux mois sont expirés? Non : il n'a pas qualité à cet égard. « Le procureur général « près la Cour impériale, dit l'art. 610, fera rendre arrêt por- « tant admission ou rejet de la demande en réhabilitation. » Ainsi, le failli, même après avoir adressé à la Cour sa demande en réhabilitation, avec les quittances et autres pièces justificatives, peut bien encore lui faire parvenir de nouveaux documents à l'appui; mais il ne lui appartient pas de solliciter directement que l'arrêt soit rendu. Ceci regarde le ministère public : le procureur général fera rendre l'arrêt, quand il estimera que la Cour est déjà suffisamment édifiée et qu'un plus long délai ne lui apporterait pas de nouvelles lumières (1).

L'arrêt que fait rendre le procureur général doit toujours être rendu en audience publique : la loi ne contient sur ce point aucune dérogation à la règle ordinaire (2). Doit-il être rendu en audience solennelle? Ce qui donne lieu à la question, c'est l'art. 22 du décret du 30 mars 1808, article ainsi conçu : « Si les avoués des deux parties se présentent pour poser des

(1) Voici comment les choses se passent, d'après le Code d'instruction criminelle, quand c'est un condamné qui a formé une demande en réhabilitation :

ART. 626. « La Cour dans le ressort de laquelle réside le condamné est « saisie de la demande. — Les pièces sont déposées au greffe de cette « Cour par les soins du procureur général. »

ART. 627. « Dans les deux mois du dépôt, l'affaire est rapportée à la « Chambre d'accusation ; le procureur général donne ses conclusions par « écrit et motivées. — Il peut requérir, en tout état de cause, et la Cour « peut ordonner, même d'office, de nouvelles informations, sans qu'il « puisse en résulter un retard de plus de six mois. »

ART. 628. « La Cour, le procureur général entendu, donne son avis « motivé. »

(2) Au contraire, l'arrêt portant qu'il n'y a pas lieu à adoption est rendu en la Chambre du conseil (argument *a contrario* de l'art. 358 du Code Napoléon).

« qualités, les causes resteront à la Chambre qui tiendra l'au-
« dience. — Sont exceptés : les contestations sur l'état civil des
« citoyens, à moins qu'elles ne doivent être décidées à bref
« délai ou avec des formes particulières qui ne comportent pas
« une instruction solennelle ; les prises à partie, et les renvois
« après cassation d'un arrêt, qui seront portés aux audiences
« solennelles. — Ces audiences se tiendront à la Chambre que
« préside habituellement le premier président, en y appelant
« la deuxième Chambre dans les Cours composées de deux
« Chambres, et alternativement la deuxième et la troisième
« Chambre, dans les Cours qui se divisent en trois Chambres. »
Je ne crois pas que l'arrêt qui statue sur la demande en réhabilitation du failli doive, aux termes de cet article, être rendu en audience solennelle. En effet, il n'y a pas ici, à proprement parler, une *contestation* sur l'état civil ; on peut ajouter que la loi commerciale a organisé des formes particulières qui ne comportent pas une instruction solennelle. C'est aussi ce que la jurisprudence paraît avoir admis (1).

La Cour impériale peut admettre la demande en réhabilitation ; elle peut aussi la rejeter. Nous examinerons successivement les deux cas.

Avant tout il y a lieu de se demander si la Cour impériale doit considérer une dette comme intégralement payée par le failli, dès l'instant qu'il lui représente la quittance du créancier. Il me paraît évident que, dans la pensée du législateur, la quittance donnée par le créancier ne rend point absolument incontestable le fait du paiement : si la quittance constituait une preuve irréfragable du paiement, la loi se bornerait à exiger que le failli rapportât les quittances de tous ses créanciers, elle ne chargerait pas le procureur général de faire recueillir par le procureur impérial et par le président du tribunal de

(1) M. Laroque Sayssinel (*Faillites et banqueroutes*, p. 753) cite un arrêt de la Cour de Nancy, du 24 août 1844, et un arrêt de la Cour de Toulouse, de 1857, comme ayant statué en ce sens.

commerce tous les renseignements qu'ils pourront se procurer sur la vérité des faits exposés dans la demande (1). C'est aussi en ce sens que s'est prononcée la Cour de cassation. Comme le dit très-bien la Chambre des requêtes, dans l'arrêt déjà cité du 17 novembre 1857, « le failli ne peut obtenir sa réhabilitation « que lorsqu'il justifie qu'il a intégralement acquitté, en prin- « cipal, intérêts et frais, toutes les sommes par lui dues; cette « disposition de la loi serait illusoire si elle ne donnait pas aux « tribunaux le droit de vérifier les faits et d'apprécier les docu- « ments du procès. Il ne suffit pas que le failli représente des « quittances pour obtenir la réhabilitation; il faut encore qu'il « prouve que ces quittances sont sincères, et qu'il a réellement « et intégralement payé ses créanciers. La Cour impériale de « Paris a rejeté la demande de G. par le motif que sa libéra- « tion n'était pas établie, et que la quittance collective qu'il « présentait n'était pas l'expression de la vérité et n'avait été « obtenue qu'à l'aide d'engagements nouveaux; or, une sem- « blable appréciation rentrait dans le domaine souverain des « juges du fond et ne peut tomber sous la censure de la Cour « de cassation... » (2).

La Cour impériale a donc un pouvoir discrétionnaire pour peser, pour apprécier la valeur des pièces produites devant elle comme établissant la libération complète du failli. Mais, une fois que le fait de cette libération lui est clairement démontré, la Cour pourrait-elle repousser la demande en réhabilitation, pour cause de mauvaise conduite ou d'immoralité du failli? La question a été assez vivement débattue entre les auteurs. « La « réhabilitation, dit M. Dalloz (3), est une question de cons- « cience pour les magistrats, et, par conséquent, ils peuvent « en exclure le simple failli, comme le banqueroutier, sur des « motifs qu'eux seuls sont appelés à apprécier. Cela résulte im-

(1) Voy. l'art. 606 (ci-dessus, p. 171).
(2) Dev.-Car., 58, 1, 679. — Comp., ci-dessus, p. 178.
(3) *Jurispr. gén.*, v° *Faillite*, n° 1556.

« plicitement de l'art. 606, qui charge le procureur impérial et « le président du tribunal de commerce de transmettre au pro- « cureur général leurs avis sur la demande : à quoi bon prendre « leurs avis, s'il devait suffire de justifier de l'acquittement inté- « gral de ses dettes ?... Si on demande l'avis du ministère « public et du président du tribunal de commerce, c'est que la « Cour doit consulter un tel avis et peut y avoir égard. Sans « cela, le législateur aurait exigé l'accomplissement d'une for- « malité ridicule. »

M. Dalloz se trompe sur la nature de l'avis demandé au procureur impérial et au président du tribunal de commerce. Selon lui, cet avis serait relatif à la moralité du failli, à sa conduite, à sa réputation. La loi ne dit absolument rien de semblable ; et, quand on lit attentivement les art. 605-609, particulièrement l'art. 606 *in fine*, on demeure convaincu que le procureur impérial et le président du tribunal de commerce sont appelés à donner leur avis uniquement sur le point de savoir si les quittances produites par le failli sont conformes à la vérité, si réellement toutes ses dettes, en principal, intérêts et frais, se trouvent éteintes par paiement, par compensation, etc. L'argument de M. Dalloz n'a donc aucune valeur, puisqu'il repose sur une fausse interprétation de l'art. 609.

Du reste, ce qui s'est passé au Conseil d'État en 1807 montre déjà suffisamment que la Cour appelée à statuer sur la demande en réhabilitation d'un failli n'a pas à s'inquiéter de savoir quelle peut être sa moralité, mais doit uniquement rechercher s'il a payé toutes ses dettes. Voici, en effet, ce que je lis dans le procès-verbal de la séance du 12 mai :

« M. Treilhard dit que la vérification des faits extérieurs ne doit pas seule déterminer à réhabiliter le failli, qu'ici la moralité est d'un grand poids.

« M. Defermon dit que les Cours d'appel sont plus à portée que le Conseil d'État de bien juger de la moralité. »

Voilà donc deux membres pour qui la moralité du failli est une condition nécessaire de la réhabilitation. Mais voyons ce qui suit :

« M. Merlin observe que l'acte des Constitutions du 22 frimaire attache la suspension des droits politiques à l'état de failli (1). Ainsi, lorsque cet état cesse à raison du paiement des créanciers, la réhabilitation s'opère de plein droit, par la seule force de la loi, et sans qu'il soit besoin qu'aucune autorité l'accorde. Il ne s'agit donc que de faire vérifier les faits, d'examiner si l'état du failli subsiste encore ou s'il a cessé. Ce n'est donc point une grâce qu'il y a lieu alors d'accorder ; c'est tout simplement un acte de justice à exercer, c'est tout simplement un jugement à rendre...

« M. l'Archichancelier dit que l'observation faite par M. Merlin est un trait de lumière qui doit fixer toutes les opinions. L'acte des Constitutions de l'an VIII, en effet, réhabilite de plein droit celui qui, par le paiement de ses créanciers, cesse d'être en état de faillite : il ne dépend donc plus d'aucune autorité de lui accorder ou de lui refuser sa réhabilitation, et il ne reste qu'à s'en rapporter aux pièces qui attestent la libération. — On objectera qu'il peut y avoir des fraudes ; qu'il est commun de voir un failli rapporter une quittance finale, quoiqu'il n'ait payé qu'une partie de ses dettes. Mais on ne peut admettre la preuve contraire sans compromettre celui qui a payé réellement et de bonne foi (2). — Que si l'on entreprend d'éclairer en outre la moralité, on fera souvent des injustices : rien n'est plus trompeur que l'opinion.

« M. Regnaud (de Saint-Jean-d'Angély) observe que l'acte des Constitutions de l'an VIII ne contient pas les mêmes dispositions que la Constitution de 1791, qui n'excluait de l'exercice des droits de citoyen ceux qui avaient été constitués en état de faillite que jusqu'à ce qu'ils rapportassent un acquit général de leurs créanciers.

(1) « L'exercice des droits de citoyen français, dit l'art. 5, est suspendu « par l'état de débiteur failli... »

(2) Ici Cambacérès allait trop loin, et, comme nous l'avons vu, sa doctrine sur ce point particulier n'a certainement pas été admise par le législateur.

« M. Defermon répond que la différence n'est que dans la rédaction, qu'au fond la disposition est la même : lorsque l'acte des Constitutions décide que l'individu en état de faillite est suspendu de ses droits politiques, il décide aussi nécessairement que la cessation de cet état met fin à la suspension. Il n'y a donc plus qu'un fait à vérifier, et cette fonction sera bien placée dans la main des tribunaux.

« Le Conseil arrête en principe que les demandes en réhabilitation seront renvoyées aux Cours d'appel, lesquelles prononceront définitivement. »

A mon sens, ce qui ressort de là, c'est que, comme le remarquent Merlin et après lui Cambacérès, sous l'empire de la Constitution de l'an VIII de même que sous l'empire de la Constitution de 1791, l'incapacité politique attachée à l'état de débiteur failli s'évanouit par cela seul que le débiteur a payé toutes ses dettes et sans qu'une autorité quelconque soit chargée de prononcer la réhabilitation. Le Conseil d'État manifeste l'intention de changer ce système quant à la forme, mais non quant au fond, c'est-à-dire qu'il y aura désormais une réhabilitation prononcée par la Cour impériale, mais qu'elle devra l'être dès qu'il sera parfaitement démontré que le failli a payé toutes ses dettes en capital, intérêts et frais. En effet, ceux qui voulaient qu'on tînt compte de la moralité du failli n'ont rien trouvé à objecter à l'observation de Merlin, observation que Cambacérès s'est appropriée et qui était évidemment incompatible avec l'idée dont il s'agit.

Une expression équivoque s'était cependant glissée dans le texte du Code de 1808. Comme nous l'avons vu (1), l'ancien art. 609 portait que le procureur impérial et le président du tribunal de commerce devraient transmettre au procureur général, non-seulement les renseignements qu'ils auraient recueillis et les oppositions qui avaient pu être formées, mais *les connaissances particulières qu'ils auraient sur la conduite du failli.* En

(1) Ci-dessus, p. 176.

s'attachant exclusivement au texte de l'art. 609, on pouvait croire, d'après ces expressions, que la Cour avait à tenir compte de la conduite générale, de la moralité du failli. Aussi, pour couper court à toute incertitude sur ce point, le législateur de 1838 les a-t-il purement et simplement supprimées dans le nouvel art. 609 (1).

Maintenant examinons successivement le cas où la demande en réhabilitation est rejetée et le cas où elle est admise.

L'arrêt qui rejette la demande en réhabilitation doit être motivé : en effet, nous ne voyons point que la loi ait dérogé ici à

(1) Comme le dit très-bien M. Bédarride (t. III, n° 1324), « laisser le failli « dans l'incertitude s'il obtiendra ou non sa réhabilitation, même après « avoir intégralement soldé ses dettes, serait, dans un grand nombre de « cas, l'empêcher de réaliser ce paiement, par la crainte de rester ultérieu- « rement soumis aux incapacités qui pesaient sur lui antérieurement. On « détruirait ainsi toute l'économie de la loi, au grand détriment des créan- « ciers eux-mêmes. »

Et, comme le dit également avec raison M. Alauzet (t. IV, n° 1948), « sans « doute il a été question, dans la discussion au Conseil d'État, de la *mora-* « *lité* du failli; mais c'est par une confusion évidente entre la réhabilitation « commerciale et la réhabilitation criminelle. Au point de vue de la loi « des faillites, il n'y a pas d'autre *moralité* que de payer ses dettes : le « commerçant qui, par des actes de la plus sublime vertu, s'est mis dans « la nécessité de cesser ses paiements, pourra prétendre au prix Monthyon, « mais n'en sera pas moins en état de faillite; l'homme le plus dépravé, « qui acquitte tous ses engagements commerciaux, pourra, pour ses mé- « faits, être envoyé aux galères, mais il ne sera pas failli... Si les paiements « sont repris et les dettes intégralement payées, la seule et unique cause « qui avait créé l'état de faillite venant à cesser, les suites attachées à ce « fait et à ce fait seul doivent cesser également, sauf dans les cas expres- « sément déterminés par la loi. »

Je ne fais même pas d'exception en ce qui concerne le banqueroutier simple. Lors même que le failli a été condamné comme banqueroutier simple, la Cour n'est point investie d'un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou pour rejeter sa demande en réhabilitation eu égard à sa conduite, à sa moralité. Seulement, ici, pour que la réhabilitation puisse être prononcée, il ne suffit pas que le failli ait intégralement payé toutes ses dettes; il faut, de plus, qu'il ait subi sa peine. Voilà, à mon sens, tout ce qu'on a voulu dire dans l'art. 612 *in fine*. Cependant ce n'est pas ainsi que l'entend M. Bédarride : « Ici, dit-il (t. III, n° 1330), se réalise le pouvoir discrétion- « naire que nous contestions tout à l'heure à la Cour. »

la règle générale. Seulement, la Cour satisfait suffisamment à cette obligation en déclarant que le failli n'a pas justifié avoir intégralement acquitté, en principal, intérêts et frais, toutes les sommes par lui dues. La Cour de Paris avait motivé en ces termes généraux son arrêt du 24 janvier 1853. Et la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt, le 9 août 1853. Elle l'a rejeté par les considérations suivantes : « Attendu qu'il entre dans le pouvoir souverain des Cours impériales de vérifier si le demandeur en réhabilitation a fait les justifications exigées par l'art. 604 du Code de commerce, d'apprécier les autres documents du procès, et, par suite, de décider s'il y a lieu d'admettre la demande, sans qu'il y ait nécessité pour lesdites Cours de s'expliquer sur chacune des pièces produites et sur chacun des documents soumis à leur examen, à moins que les pièces et documents n'aient été spécialement discutés et n'aient donné lieu à des conclusions particulières; — Attendu que l'arrêt attaqué déclare expressément, en fait, que le sieur G. n'a pas justifié avoir intégralement acquitté, en principal, intérêts et frais, toutes les sommes par lui dues; que cette déclaration répond suffisamment à la demande et qu'elle satisfait à l'art. 7 de la loi du 20 avril 1810; que la Cour impériale n'était pas tenue de donner des motifs particuliers sur chaque pièce produite ou sur chaque paiement allégué, alors qu'ils n'étaient l'objet d'aucun débat distinct... » (1).

La demande en réhabilitation, une fois rejetée, ne pourra-t-elle plus jamais être reproduite, ou bien au contraire pourra-t-elle l'être immédiatement? L'ancien art. 610 s'était prononcé dans le premier sens : « Si la demande est rejetée, disait-il, « elle ne pourra plus être reproduite. » C'était là une application malheureuse des principes généraux sur l'autorité de la chose jugée. Le projet présenté par le Gouvernement en 1834 autorisait le failli à reproduire sa demande après un intervalle de deux

(1) Dev.-Car., 55, 1, 103.

années. Le législateur ne s'en est pas tenu à cela ; et le deuxième alinéa du nouvel art. 610 porte que, « si la demande est « rejetée, elle ne pourra être reproduite qu'après une année « d'intervalle. » Comme le dit très-bien M. Renouard (1), « il « peut sans doute y avoir des inconvénients à occuper à plu- « sieurs reprises les tribunaux de demandes vaines; mais l'in- « convénient est faible, et ne saurait être mis en balance avec « le sentiment d'équité qui commande de reconnaître que « pendant l'intervalle d'une année un débiteur peut réunir les « pièces justificatives qui lui manquaient ou acquitter des dettes « en retard » (2). — Il faut admettre sans difficulté, et M. Renouard paraît effectivement l'admettre dans le passage que je viens de transcrire, qu'un failli peut reproduire sa demande en réhabilitation, non-seulement après avoir succombé une première fois, mais même après avoir succombé déjà deux ou trois fois. Du moment que le failli prouve qu'il a complétement désintéressé ses créanciers et qu'il s'est écoulé au moins un an depuis l'arrêt qui a rejeté sa précédente demande, il a droit au bénéfice de la réhabilitation.

Lorsque la Cour impériale estime qu'il y a lieu de prononcer la réhabilitation, elle le fait, conformément à la règle de droit commun, par un arrêt motivé, lu à l'audience publique (3). Indépendamment de la publicité qui résulte de cette lecture, le législateur a pensé qu'il fallait, dans l'intérêt du failli, et parce qu'il y a toujours utilité à divulguer un bon exemple, organiser pour la réhabilitation une publicité particulière. De là le nouvel art. 611, qui reproduit une disposition analogue que contenait déjà le Code de 1808 : « L'arrêt portant réhabilitation sera

(1) T. II, p. 520.

(2) Le nouvel art. 629 du Code d'instruction criminelle est ainsi conçu : « Si l'avis de la Cour n'est pas favorable à la réhabilitation, une nouvelle « demande ne peut être formée avant l'expiration d'un délai de deux « années. »

(3) « Les arrêts qui n'ont pas été rendus publiquement, ou qui ne con- « tiennent pas les motifs, sont déclarés nuls » (loi du 20 avril 1810, art. 7).

« transmis aux procureurs impériaux et aux présidents des « tribunaux auxquels la demande aura été adressée. Ces tribu- « naux en feront faire la lecture publique et la transcription « sur leurs registres. »

L'arrêt portant réhabilitation sera transmis... La loi ne dit pas qui est chargé de faire cette transmission. Dans la pratique, c'est le procureur général qui transmet un certain nombre d'expéditions de l'arrêt.

... aux procureurs impériaux et aux présidents des tribunaux auxquels la demande aura été adressée. Il y a ici quelque chose d'un peu obscur : car, aux termes de l'art. 605, toute demande en réhabilitation doit être adressée à la Cour impériale. Qu'a donc voulu dire le rédacteur de notre art. 611? Évidemment il a eu dans la pensée, non pas l'art. 605, mais l'art. 606, qui porte que le procureur général, sur la communication qui lui aura été faite de la requête, en adressera des expéditions certifiées de lui au procureur impérial et au président du tribunal de commerce du domicile du demandeur, et, si celui-ci a changé de domicile depuis la faillite, au procureur impérial et au président du tribunal de commerce de l'arrondissement où elle a eu lieu. Ainsi, l'arrêt portant réhabilitation est, aux termes de l'art. 611, lu à l'audience et transcrit sur les registres d'un ou de deux tribunaux civils, d'un ou de deux tribunaux de commerce.

L'art. 611 a-t-il, en droit, quelque sanction? Je ne le crois pas. La réhabilitation produit, en faveur du failli, à l'instant même où l'arrêt est prononcé, tous les effets dont elle est susceptible. Elle les produirait lors même que l'art. 611 demeurerait inexécuté. Du reste, il n'est pas à craindre que le procureur général, le procureur impérial, le président du tribunal de commerce, manquent jamais de se conformer au vœu de la loi (1).

(1) Quand il s'agit de la demande en réhabilitation formée par un condamné, la Cour étant favorable, que va-t-il s'ensuivre? Le Code d'instruction criminelle (loi du 3 juillet 1852) contient à cet égard les dispositions suivantes :

ART. 630. « Si l'avis est favorable, il est, avec les pièces produites,

§ III. Des effets qui résultent de la réhabilitation.

Le jugement déclaratif de faillite emporte pour le commerçant qu'il frappe certaines incapacités, indépendamment même du dessaisissement dont le principe est posé dans l'art. 443 et qui subsiste tant que la masse est administrée par des syndics, c'est-à-dire jusqu'à l'homologation du concordat (1) ou jusqu'à la dissolution de l'union (2). Les incapacités qui ne se rattachent point au principe du dessaisissement survivent à l'homologation du concordat, à la dissolution de l'union : pour les faire disparaître, il faut que le failli obtienne sa réhabilitation. Recherchons quelles sont précisément ces incapacités : les connaissant, nous connaîtrons par là même les effets principaux, les effets les plus certains de la réhabilitation.

Les incapacités dont il s'agit peuvent être divisées en trois classes, suivant qu'elles affectent *l'exercice des droits politiques*, ou certaines facultés qui se rattachent à *la qualité de commerçant*, ou enfin *l'honorabilité de la personne*.

1re Classe. *Incapacités politiques.* — Déjà dans notre ancien droit certaines incapacités politiques atteignaient les faillis. Ainsi, aux termes de l'Ordonnance de 1673 (Titre II, art. 3),

« transmis par le procureur général, et dans le plus bref délai possible, au « ministre de la justice, qui peut consulter la Cour ou le tribunal qui a « prononcé la condamnation. »

Art. 631. « L'Empereur statuera, sur le rapport du ministre de la jus- « tice. »

Art. 632. « Des lettres de réhabilitation seront expédiées en cas d'ad- « mission de la demande. »

Art. 633. « Les lettres de réhabilitation sont adressées à la Cour qui a « délibéré l'avis. — Une copie authentique en est adressée à la Cour ou au « tribunal qui a prononcé la condamnation. Ces lettres seront transcrites « en marge de la minute de l'arrêt ou du jugement de condamnation. »

(1) Voy. l'art. 519.

(2) Voy. l'art. 537.

« ceux qui auront obtenu des lettres de répit, fait contrat d'ater-
« moiement ou faillite, ne peuvent être agents de change ou de
« banque ni courtiers de marchandises; » et l'arrêt du Conseil, du 24 septembre 1724, qui établit une Bourse à Paris, porte également que ceux qui ont obtenu des lettres de répit, fait faillite ou contrat d'atermoiement, ne peuvent être agents de change. De même, l'Ordonnance de Louis XVI, du 3 mars 1781, *concernant les Consulats, la résidence, le commerce et la navigation des Français dans les Échelles du Levant et de Barbarie*, décide (Titre II, art. 45 et 51) que les faillis ne peuvent, dans les pays étrangers, être députés de la nation ni assister aux assemblées (1).

Sous la Révolution, l'incapacité politique du failli fut consacrée d'une manière générale. Ainsi, d'abord le décret du 22 décembre 1789, *relatif à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives*, contenait, dans sa Section 1re, les dispositions suivantes :

ART. 5. « Aucun banqueroutier, failli, ou débiteur insol-
« vable, ne pourra être admis dans les assemblées primaires,
« ni devenir ou rester membre soit de l'Assemblée nationale,
« soit des assemblées administratives, soit des municipalités. »

ART. 6. « Il en sera de même des enfants qui auront reçu,
« et qui retiendront, à quelque titre que ce soit, une portion
« des biens de leur père mort insolvable, sans payer leur part
« virile de ses dettes; excepté seulement les enfants mariés et
« qui auront reçu des dots avant la faillite de leur père ou
« avant son insolvabilité entièrement connue. »

ART. 7. « Ceux qui, étant dans un des cas d'exclusion ci-
« dessus, feront cesser la cause de cette exclusion, en payant
« leurs créanciers ou en acquittant leur portion virile des dettes
« de leur père, rentreront dans les droits de citoyen actif, pour-

(1) Je vois là des incapacités *politiques*; on peut dire aussi qu'elles tiennent à ce que l'honorabilité du failli est suspecte. Je reviendrai sur cette idée.

« ront être électeurs et seront éligibles, s'ils réunissent les con-
« ditions prescrites » (1).

Même système dans la Constitution des 3-14 septembre 1791 (Titre III, Chapitre I, Section 2) : « Sont exclus de l'exercice « des droits de citoyen actif, dit l'art. 5, ceux qui, après avoir « été constitués en état de faillite ou d'insolvabilité, prouvé par « pièces authentiques, ne rapportent pas un acquit général de « leurs créanciers. »

Spécialement en ce qui concerne les fonctions publiques, la Convention nationale décrète, le 21 vendémiaire an III, que ceux qui, ayant fait faillite, ne se sont pas libérés envers leurs créanciers, ne peuvent exercer aucune fonction publique.

La Constitution du 5 fructidor an III, allant plus loin que la Constitution de 1791, décide (Titre II, art. 13) que « l'exer-
« cice des droits de citoyen est suspendu par l'état de débiteur « failli, ou d'héritier immédiat, détenteur à titre gratuit de « tout ou partie de la succession d'un failli » (2). Et la même décision est consacrée par la Constitution du 22 frimaire an VIII (art. 5).

Il est certain que la disposition dont il s'agit a été applicable tant que la Constitution de l'an VIII est restée en vigueur. Je me bornerai à signaler quelques dispositions législatives qui n'en sont que des corollaires :

La loi du 25 ventôse an XI, *contenant organisation du notariat*, porte (art. 35) que, pour être admis aux fonctions de notaire, il faut jouir des droits de citoyen; et la même loi veut (art. 9) que les deux témoins qui peuvent assister le notaire soient citoyens français. Il en résulte manifestement que le failli non réhabilité ou son héritier immédiat ne peut être ni notaire ni

(1) On voit qu'il n'y avait déjà plus de *lettres de réhabilitation*, et que le failli était réhabilité de plein droit par cela seul qu'il avait désintéressé ses créanciers. Comp., ci-dessus, p. 184 et 185.

(2) Le décret de 1789 ne parlait pas des *héritiers* d'un failli, mais seulement de ses *enfants*, et même il admettait une exception au profit des enfants mariés qui avaient reçu des dots avant la faillite de leur père.

témoin d'un acte notarié. Cela ne saurait faire le moindre doute : car il est incontestable que le législateur de l'an XI n'a eu ni la volonté ni le pouvoir de déroger à la règle posée dans la Constitution de l'an VIII. — Au contraire, quand il s'agit des témoins produits aux actes de l'état civil, il suffit qu'ils soient du sexe masculin et âgés de vingt-un ans au moins (C. Nap., article 37) ; et, en ce qui concerne les témoins appelés pour être présents au testament, on exige seulement qu'ils soient mâles, majeurs, sujets de l'Empereur (1), jouissant des droits civils (C. Nap., art. 980). Ainsi, la loi n'exigeant pas ici la qualité de citoyen, l'exercice des droits politiques, il faut en conclure sans difficulté qu'un failli non réhabilité ou son héritier immédiat pouvait très-bien, même sous l'empire de la Constitution de l'an VIII, figurer comme témoin à un acte de l'état civil ou à un testament.

La loi du 18 mars 1806, *portant établissement d'un conseil de prud'hommes à Lyon*, dit expressément (art. 3) que les négociants-fabricants ne pourront être élus prud'hommes s'ils ont fait faillite. C'est là une disposition assez malheureuse, en ce sens qu'on pourrait en tirer des conséquences fausses si on la prenait au pied de la lettre et abstraction faite des principes. Il faut dire simplement que les prud'hommes, ayant à rendre la justice, étant investis d'une fonction publique, doivent nécessairement avoir l'exercice de la qualité de citoyen (2). Il en résulte que non-seulement le failli, mais même l'héritier immédiat d'un failli, sont incapables d'être élus prud'hommes ; du reste, cette incapacité cesse par la réhabilitation. — Élire ceux qui doivent dans une mesure quelconque administrer la justice, c'est déjà

(1) La 1re édition du Code Napoléon se servait du mot *républicoles*, par imitation de l'Ordonnance de 1735, qui, dans son art. 40, parlait de *régnicoles*. Toutes ces expressions sont synonymes du mot *Français*, dont on aurait bien dû se servir.

(2) Le Code de commerce ne dit pas non plus qu'il faille être citoyen pour pouvoir être nommé membre d'un tribunal de commerce ; mais cela n'est pas douteux.

faire acte de citoyen, c'est participer à la puissance publique. En conséquence, les mêmes observations qui viennent d'être faites à propos de cette disposition : *Les négociants-fabricants ne pourront être élus prud'hommes s'ils ont fait faillite*, doivent être reproduites purement et simplement à propos de l'art. 14 de la loi du 20 février 1810, où il est dit que les faillis ne peuvent pas concourir à l'élection des prud'hommes (1).

Le Code de commerce de 1808 décide, dans son art. 83, que « ceux qui ont fait faillite ne peuvent être agents de change ni « courtiers, s'ils n'ont été réhabilités » (2). A mon sens, il n'y a là autre chose qu'une application, spécialement faite par le législateur, du principe posé dans l'art. 5 de la Constitution de l'an VIII. Aussi serais-je d'avis de compléter cette disposition du Code de commerce de telle sorte que l'incapacité dont il s'agit atteigne non-seulement le failli lui-même qui n'est pas réhabilité, mais également son héritier immédiat. A la vérité on pourrait objecter que l'idée de la loi, en déclarant le failli incapable d'être agent de change ou courtier, n'a pas été que ces fonctions supposent chez celui qui en est investi la jouissance et l'exercice des droits politiques, que l'idée de la loi a été plutôt que ces fonctions ne doivent pas être conférées à un homme dont l'honorabilité est entachée, et dont l'aptitude commerciale est au moins fort douteuse (3); et alors on arriverait à dire que la disposition du Code de commerce est étrangère au principe posé dans l'art. 5 de la Constitution de l'an VIII, que par conséquent il n'y a pas lieu de la compléter au moyen de cet article. En somme, cette manière de voir ne me paraît pas exacte,

(1) Ce qu'on appelle *la loi du 20 février* 1810, c'est simplement un avis du Conseil d'Etat qui modifie, au point de vue de la rédaction, le décret du 11 juin 1809 *contenant règlement sur les conseils de prud'hommes*.

(2) L'arrêté des Consuls du 29 germinal an IX, *relatif à la désignation des villes où devront être établies des bourses de commerce, à l'organisation et à la police de ces bourses*, contenait déjà (art. 7) une disposition exactement semblable.

(3) Ou encore à un homme qui, comme nous le verrons bientôt, ne peut plus se présenter à la Bourse.

et je considère les agents de change et les courtiers comme étant réellement investis de fonctions publiques qui présupposent la qualité de citoyens. Cela est de toute évidence relativement aux courtiers d'assurances, qui, aux termes de l'art. 79, rédigent les contrats ou polices d'assurance concurremment avec les notaires. Nous avons vu que, pour être admis aux fonctions de notaire, il faut jouir de l'exercice des droits de citoyen; les fonctions du courtier d'assurances étant de même nature, la condition d'admissibilité à ces fonctions doit évidemment être la même. Et maintenant, comme notre art. 83 ne fait aucune distinction entre les différentes personnes auxquelles il s'applique, nous devons nécessairement dire que ce qui est vrai du courtier d'assurances est également vrai des agents de change et des autres classes de courtiers (1).

Le Code d'instruction criminelle, promulgué en 1808, déclare, dans son art. 381, que nul ne peut remplir les fonctions de juré s'il ne jouit des droits politiques. Ici encore, j'en suis convaincu, l'intention du législateur a été, non pas de déroger à l'art. 5 de la Constitution de l'an VIII, mais au contraire d'en signaler expressément une application importante. Ainsi, d'une part, l'incapacité d'être juré atteint, non-seulement le failli lui-même, mais également son héritier immédiat; et, d'autre part, cette incapacité s'évanouit par l'effet de la réhabilitation.

— Ni la Charte de 1814 ni celle de 1830 n'ont abrogé le principe contenu dans l'art. 5 de la Constitution de l'an VIII : en effet, ni l'une ni l'autre de ces Chartes ne disent un mot de ce qui concerne l'acquisition, la perte ou la suspension des droits politiques. Il paraît seulement raisonnable d'admettre qu'à partir de la Charte de 1814 la disposition de cet art. 5 a cessé d'être une disposition constitutionnelle, non susceptible d'être abrogée ou modifiée par une simple loi, pour devenir une disposition lé-

(1) L'opinion que je mets ici en avant ne paraît pas être celle de M. Bédarride. Voy. son commentaire du Titre *Des bourses de commerce, agents de change et courtiers*, nos 384 et suiv.

gislative ordinaire : en 1814, la Constitution de l'an VIII a cessé d'exister comme Constitution dans toutes ses parties, quoique plusieurs de ses dispositions, considérées isolément, aient été laissées en vigueur comme articles de loi (1).

Cette doctrine a été plusieurs fois consacrée par la jurisprudence. J'indiquerai seulement, à titre d'exemples, les arrêts les plus importants :

Par un arrêt du 6 août 1838, la Cour de cassation décide qu'un failli, même concordataire, ne peut pas être élu conseiller municipal. « Aux termes de l'art. 59 de la Charte constitution-« nelle, dit la Cour, les lois actuellement en vigueur qui ne « sont pas contraires à la présente Charte restent en vigueur « jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé ; or la disposition de « l'art. 5 de la Constitution de l'an VIII n'est pas contraire à la « Charte, et il n'y a été dérogé par aucune loi » (2).

De même, la Cour de Rouen, par un arrêt du 13 mai 1839, décide que le failli non réhabilité ne peut pas être témoin dans un acte notarié. En effet, aux termes de l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI, il faut être citoyen français pour pouvoir figurer comme témoin dans un acte lorsque, à défaut d'un second notaire, deux témoins sont appelés à le suppléer. Or, les conditions nécessaires pour exercer les droits de citoyen français sont déterminées par la Constitution du 22 frimaire an VIII ; et, nonobstant les Chartes de 1814 et de 1830, l'art. 5 de la Constitution de l'an VIII a conservé force de loi en cette matière (3).

(1) Indépendamment de l'art. 5, nous citerons l'art. 75, aux termes duquel les agents du Gouvernement ne peuvent être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État.

(2) Dev.-Car., 39, 1, 139.

(3) Dev.-Car., 39, 2, 346.

On cite souvent, comme consacrant une doctrine contraire, l'arrêt de la Cour de cassation du 10 juin 1824. Cet arrêt de la Cour de cassation ne décide point que l'art. 5 de la Constitution de l'an VIII ait été abrogé par la Charte de 1814 : interprétant l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an XI, il décide simplement que, pour pouvoir être témoin dans un acte notarié, il suffit d'avoir conservé la jouissance des droits politiques, en eût-on perdu l'exercice, et que le failli est dans ce cas. Ainsi, dans cet arrêt il n'y a autre

Enfin, la Cour de cassation, par son arrêt du 12 novembre 1841, a cassé un arrêt de la Cour d'assises de la Loire-Inférieure, par le motif qu'un failli non réhabilité avait fait partie du jury appelé à statuer sur l'accusation. Il est formellement exprimé dans l'arrêt de cassation que la disposition de l'art. 5 de l'Acte du 13 décembre 1799 (22 frimaire an VIII) n'est pas contraire à la Charte constitutionnelle et qu'il n'y a été dérogé par aucune loi (1).

Il est donc bien entendu que nous devons considérer comme étant restée en vigueur jusqu'à la Révolution de 1848 la disposition de la Constitution de l'an VIII portant que l'exercice des droits de citoyen est suspendu par la qualité de failli non réhabilité et même par celle d'héritier immédiat d'un failli non réhabilité (2).

Cet état de choses existe-t-il encore aujourd'hui? Je ne le crois pas.

Le Gouvernement provisoire s'y référait implicitement lorsqu'il disait, dans le décret du 5 mars 1848 :

ART. 6. « Sont électeurs tous les Français âgés de 21 ans, « résidant dans la commune depuis six mois et non judiciaire- « ment privés ou suspendus de l'exercice des droits civiques. »

ART. 7. « Sont éligibles tous les Français âgés de 25 ans et « non privés ou suspendus de l'exercice des droits civiques. »

Mais bientôt, le 18 avril 1848, le Gouvernement provisoire rendit un petit décret ainsi conçu : « Les faillis, déclarés excu- « sables aux termes des art. 538 et 539 du Code de commerce, « seront admis à exercer les droits électoraux. » Il y avait là évidemment une abrogation partielle du principe posé dans l'art. 5 de la Constitution de l'an VIII : le droit électoral est assurément un droit civique ou politique ; or voilà des hommes

chose qu'une interprétation, mauvaise sans doute, de la loi du 25 ventôse an XI.

(1) Dev.-Car., 42, 1, 945.

(2) Voy. aussi en ce sens un article de M. Laferrière (*Revue de droit français et étranger*, t. VI, p. 855).

(le failli déclaré excusable et, à plus forte raison, l'héritier immédiat de ce failli) qui, d'après la Constitution de l'an VIII, n'ont pas l'exercice des droits politiques, et qui, d'après le décret du Gouvernement provisoire, peuvent exercer le droit électoral. Du reste, ce décret du 18 avril 1848 n'avait qu'un caractère provisoire.

La Constitution du 4 novembre 1848, après avoir posé en principe que, pour être électeur, il faut avoir la jouissance des droits civils et politiques, et que tous les électeurs âgés de 25 ans sont éligibles (art. 25 et 26), ajoutait (art. 27) : « La loi électo- « rale déterminera les causes qui peuvent priver un citoyen « français du droit d'élire et d'être élu. » C'était indiquer, jusqu'à un certain point, l'intention de remplacer par une règle nouvelle la règle posée dans l'art. 5 de la Constitution de l'an VIII (1).

La loi électorale (15 mars 1849), à quelle idée s'est-elle définitivement arrêtée? D'après le projet de la Commission, ne devaient pas être inscrits sur la liste électorale *les faillis non réhabilités*. Cette disposition fut vivement attaquée comme étant trop rigoureuse, comme interdisant le droit de vote à un trop grand nombre de personnes : on proposa d'exclure seulement les faillis qui n'auront pas obtenu de concordat et qui, après l'union, n'auront pas été déclarés excusables ou réhabilités. Le système de la Commission fut défendu avec force par M. Freslon : « Nous avons voulu, disait-il, faire au temps et « aux mœurs de l'époque une concession : nous n'avons pas « voulu que le fils du failli fût atteint dans son droit politique : « nous n'avons pas voulu d'une double indignité; nous avons « pensé que le fils du failli, dès qu'il avait les conditions d'âge « et de domicile, n'empruntait pas à son père le droit

(1) L'Assemblée nationale s'était déjà écartée du système de la Constitution de l'an VIII en ce qui concerne la capacité requise pour être juré. En effet, aux termes de l'art. 3 du décret du 7 août 1848, sont incapables d'être jurés les faillis non réhabilités, mais non pas les héritiers immédiats de ces faillis.

« de voter » (1). Ainsi, dans le système de la Commission comme dans celui des auteurs de l'amendement, on dérogeait au principe posé dans la Constitution de l'an VIII; seulement, dans le système de la Commission, la dérogation était bien moins grave, elle se bornait à ne plus assimiler au failli non réhabilité son héritier immédiat. L'Assemblée finit par adopter l'amendement. Aux termes de l'art. 3 de la loi, « Ne seront pas « inscrits sur la liste électorale : 1°.....; 8° les faillis qui, n'ayant « point obtenu de concordat, ou n'ayant point été déclarés ex- « cusables conformément à l'art. 538 du Code de commerce, « n'ont pas d'ailleurs été réhabilités. » — Du reste, cette loi du 15 mars 1849 s'était montrée plus exigeante relativement à l'éligibilité. Aux termes de l'art. 79, ne peuvent être élus représentants du peuple, ... les faillis non réhabilités, dont la faillite a été déclarée, soit par les tribunaux français, soit par jugement rendu à l'étranger, mais exécutoire en France.

La loi du 15 mars 1849 n'est plus en vigueur. Nous sommes aujourd'hui sous l'empire du décret organique du 2 février 1852. Or il est dit dans l'art. 15 de ce décret : « Ne doivent pas être « inscrits sur les listes électorales : 1°.....; 17° les faillis non ré- « habilités, dont la faillite a été déclarée, soit par les tribunaux « français, soit par jugements rendus à l'étranger, mais exécu- « toires en France » (2). Et dans l'art. 27 : « Sont déclarés in- « dignes d'être élus les individus désignés à l'art. 15 de la pré- « sente loi » (3). — La loi du 4 juin 1853 *sur la composition du jury* déclare également (art. 2, n° 9) incapables d'être jurés *les faillis non réhabilités*.

Ainsi, aujourd'hui l'héritier immédiat d'un failli non réhabilité n'est incapable ni de voter dans les élections pour le Corps légis-

(1) Séance du 17 février.

(2) Cette disposition se trouve déjà dans la fameuse loi du 31 mai 1850 (art. 8, n° 2).

(3) La loi du 1er juin 1853 *sur les conseils de prud'hommes* porte, dans son art. 6 : « Ne peuvent être éligibles ni électeurs les étrangers, ni aucun des « individus désignés dans l'art. 15 de la loi du 2 février 1852. »

latif, ni d'être élu député au Corps législatif, ni de statuer comme juré sur une accusation en matière criminelle. Le système consacré dans l'art. 5 de la Constitution de l'an VIII se trouve évidemment modifié à cet égard. Mais le système dont il s'agit subsiste-t-il en ce sens que l'héritier immédiat d'un failli non réhabilité serait encore incapable d'exercer les droits politiques, de remplir les fonctions publiques, autres que ceux dont s'occupent les deux lois qui viennent d'être citées? C'est ce qu'il m'est absolument impossible d'admettre. En effet, participer à l'élection d'un député, siéger comme membre du Corps législatif, prononcer sur la culpabilité de l'individu accusé d'un crime, c'est faire acte de citoyen au suprême degré, c'est concourir de la manière la plus éclatante à l'exercice de la souveraineté. Il faut donc dire, sans hésiter, que celui qui est capable d'élire, d'être élu, d'être juré, est capable, à plus forte raison, sauf disposition contraire d'une loi spéciale, d'exercer tous autres droits politiques, d'être appelé à toutes fonctions publiques. Nous arrivons ainsi à cette conséquence que la suspension des droits de citoyen, prononcée par la Constitution de l'an VIII contre l'héritier immédiat du failli non réhabilité, n'existe plus aujourd'hui sous aucun rapport (1).

— Il me reste à indiquer certaines fonctions qui n'ont rien de politique et auxquelles, par conséquent, un failli non réhabilité pourrait être appelé nonobstant la règle écrite dans l'art. 5 de la Constitution de l'an VIII.

D'abord le service de la garde nationale n'est point interdit au failli non réhabilité. Cela résulte notamment des disposi-

(1) Comp. M. Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 2e édition, t. II, no 1207. — C'est probablement par inadvertance que M. Bédarride a laissé subsister dans sa 4e édition, qui porte la date de 1862, le passage suivant : « Le failli ne peut rien transmettre à « ses enfants, sans leur rendre commune sa propre incapacité. L'art. 5 de la « Constitution de l'an VIII, à laquelle les lois postérieures n'ont nullement « dérogé quant à ce, prive, en effet, de l'exercice des droits de citoyen son « héritier immédiat, qui détient à titre gratuit sa succession totale ou par- « tielle » (t. III, no 1309).

tions suivantes que contenait la loi du 22 mars 1831 : Pourront être appelés à faire le service les étrangers admis à la jouissance des droits civils, conformément à l'art. 13 du Code civil, lorsqu'ils auront acquis en France une propriété ou qu'ils y auront formé un établissement (art. 10); le service de la garde nationale est interdit aux individus privés de l'exercice des droits civils, conformément aux lois (art. 13). Enfin, cette loi de 1831 déclarant exclus de la garde nationale les condamnés à des peines afflictives ou infamantes, ce qui comprend les banqueroutiers frauduleux, et certains condamnés en police correctionnelle, au nombre desquels les banqueroutiers simples, on pouvait en conclure *à contrario* que l'exclusion n'atteignait pas le commerçant simplement failli. — La loi du 13 juin 1851 admet bien aussi que, pour être appelé à faire partie de la garde nationale, il n'est pas nécessaire d'avoir l'exercice des droits politiques (1). Cependant elle déclare exclus de la garde nationale les faillis non réhabilités (2). Sur quoi donc est fondée cette exclusion? Nous le voyons dans le rapport (3) : « Il faut, y est-il dit, que « l'honneur de la garde nationale soit préservé de l'atteinte que « lui causerait la présence des hommes que la justice a flé- « tris. » Il ne s'agit donc pas ici d'une incapacité politique, mais d'une incapacité qui tient à ce que l'honorabilité de la personne est entamée par le jugement déclaratif de faillite. — Enfin aujourd'hui le failli non réhabilité n'est pas incapable, en droit, de faire partie de la garde nationale; mais, en fait, il n'y sera pas admis. En effet, le décret du 11 janvier 1852, actuellement en vigueur, dit, dans son art. 8 : « La garde nationale se « compose de tous les Français, et des étrangers jouissant des « droits civils, qui sont admis par le conseil de recensement... »

(1) En effet, aux termes de l'art. 19 de cette loi, « peuvent être appelés « à faire partie du service ordinaire les étrangers admis à la jouissance des « droits civils, conformément à l'art. 13 du Code civil. »

(2) « Sont exclus de la garde nationale, dit l'art. 9, 1° tous les individus « énumérés en l'art. 8 de la loi du 31 mai 1850... »

(3) Rapport de M. Henri de Riancey.

Et le commentaire de cet art. 8 se trouve dans la Circulaire adressée aux préfets par le ministre de l'intérieur pour l'exécution du décret : « Les conseils de recensement, dit la Circulaire, « devront apporter à l'accomplissement de leur mandat une « résolution très-arrêtée de n'introduire dans les rangs de la « garde nationale que des hommes notoirement connus par « leurs antécédents honorables, leur bonne conduite et leur « inébranlable dévouement aux principes conservateurs de la « société. »

On a prétendu quelquefois que la tutelle, la subrogée-tutelle, même la qualité de membre d'un conseil de famille, sont considérées par la loi française comme des dépendances du droit politique (1), c'est-à-dire comme des fonctions publiques. Mais, d'une part, cette manière de voir est contraire à la nature des choses. En effet, exercer un droit politique, remplir une fonction publique, c'est participer dans une certaine mesure à la souveraineté nationale, au gouvernement du pays; or la mission du tuteur, du subrogé-tuteur, du conseil de famille, n'a évidemment rien de semblable : elle se borne à défendre les intérêts privés d'une personne incapable de les défendre par elle-même. La fonction du tuteur, du subrogé-tuteur, du conseil de famille, est analogue à celle d'un mandataire ordinaire, chargé d'agir dans l'intérêt d'un particulier : ce n'est nullement une fonction publique. Et, d'autre part, comme l'a très-bien montré un jeune et savant docteur, M. Barrilliet (2), il est impossible de trouver dans nos Codes une trace de cette idée que la qualité de tuteur suppose la jouissance et l'exercice des droits politiques (3). Donc, si le failli non réhabilité doit être exclu ou destitué de la tutelle, du moins faut-il reconnaître que ce n'est

(1) Voy. notamment M. Valette, *Explic. sommaire du Livre* I *du Code Napoléon*, p. 414, note.

(2) *Revue pratique de droit français*, t. XVI, p. 551 et suiv.

(3) Je soutenais déjà en 1844 qu'un étranger peut être en France tuteur d'un Français, et la Cour de Paris vient de se prononcer en ce sens par un arrêt du 21 mars 1862 (Dev.-Car., 62, 2, 411).

pas parce que l'exercice des droits politiques est suspendu en sa personne (1). Je rechercherai bientôt s'il n'y a pas un autre motif pour décider que le failli doit être exclu et destitué de la tutelle.

Ce qui vient d'être dit relativement au tuteur s'applique sans difficulté au curateur que le conseil de famille nomme au mineur émancipé (C. Nap., art. 480); de même au conseil judiciaire qui peut être donné par le tribunal à un individu pour cause de faiblesse d'esprit ou de prodigalité (C. Nap., art. 499 et 513). Il est impossible de considérer ce curateur, ce conseil judiciaire, comme exerçant un droit politique, comme remplissant une fonction publique.

Je décide encore de même en ce qui concerne le curateur à une succession vacante (2) et le syndic d'une faillite. La mission de ce curateur ou de ce syndic consiste à gérer des biens : il est délégué par la justice dans un intérêt pécuniaire, dans un intérêt privé. Il n'est point un fonctionnaire public : il n'a pas besoin d'avoir la jouissance et l'exercice des droits politiques. — La Cour de cassation paraît avoir une doctrine différente. Voici, en effet, ce que contient un arrêt de la Chambre des requêtes, du 7 janvier 1862 : « En admettant que le syndic d'une faillite « reçoive, par cela seul qu'il est nommé par la justice, une « délégation publique, et qu'il ne puisse exercer un tel mandat « qu'autant qu'il est régnicole ou du moins admis en France à « la jouissance des droits civils, et que, sous ce rapport, une « telle délégation intéresse l'ordre public, il ne s'ensuit pas « que le moyen pris de l'illégalité résultant de ce qu'un étran- « ger aurait été nommé syndic puisse être présenté pour « la première fois devant la Cour de cassation » (3). Mais évi-

(1) Aussi M. Derouet, qui recherche dans un long article si le jugement déclaratif de faillite entraîne exclusion et destitution de la tutelle, et qui se prononce pour l'affirmative (*Revue pratique*, t. XVI, p. 519 et suiv.), ne prend-il même pas la peine de rappeler que le failli est privé de l'exercice des droits politiques.

(2) Voy., au Code Napoléon, les art. 811 et suiv.

(3) *Gazette des tribunaux* du 8 janvier 1862.

demment il n'y a rien de sérieux dans ce *considérant :* tous les principes y sont confondus de la manière la plus déplorable. En effet, d'une part, si le syndic nommé par la justice recevait réellement une délégation publique, une délégation intéressant l'ordre public, il est clair que la justice ne pourrait jamais déléguer ainsi un étranger, cet étranger eût-il été admis à la jouissance des droits civils conformément à l'art. 13 du Code Napoléon ; d'autre part, si la nomination aux fonctions de syndic présupposait la qualité de citoyen, sans aucun doute un étranger non naturalisé n'y serait pas valablement nommé, et, si en fait il l'avait été, la nullité d'une pareille nomination constituerait une violation de la loi parfaitement susceptible d'être invoquée pour la première fois devant la Cour de cassation (1). La Chambre des requêtes, je le soupçonne, a voulu trouver moyen de ne pas se prononcer franchement sur la question de savoir si un étranger peut être valablement nommé syndic d'une faillite par un tribunal français : sa décision, appuyée sur une hypothèse, est entortillée, inexacte et composée de parties qui se contredisent entre elles.

Les experts remplissent-ils une fonction publique ? Je ne le crois pas. D'une part, je ne puis admettre, avec certains auteurs, que l'expertise constitue une délégation de la fonction du juge : car la loi dit, en termes formels, que les juges ne sont point astreints à suivre l'avis des experts si leur conviction s'y oppose (C. de procéd., art. 323). Et, d'autre part, je ne puis même pas admettre que le rapport des experts soit véritablement un acte authentique : car la définition de l'acte authentique donnée dans l'art. 1317 du Code Napoléon ne s'y applique que d'une manière bien imparfaite (2). La vérité est que le rapport d'experts contient un simple renseignement fourni à la justice, renseignement présumé exact en raison des connaissances spéciales et techniques de ceux à qui on le demande, renseigne-

(1) Comp. M. Barrilliet, *Revue pratique*, t. xv, p. 556.
(2) Comp. M. Barrilliet, *loc. cit.*, p. 552.

ment dont l'exactitude ne serait nullement garantie par la circonstance que les experts devraient avoir la jouissance et l'exercice des droits politiques. Il doit donc être permis aux parties et au tribunal de réclamer le renseignement dont il s'agit près de ceux qui paraissent les plus capables de le donner, fussent-ils étrangers ou faillis, absolument comme les témoins qui viennent déposer en matière civile ou en matière criminelle sont appelés à éclairer la justice sur des faits dont ils ont connaissance, abstraction faite de leur qualité de citoyens.

Enfin, que décider relativement aux arbitres? Autrefois plusieurs auteurs faisaient une distinction, suivant qu'il s'agissait d'arbitrage volontaire ou d'arbitrage forcé : dans ce système, en cas d'arbitrage forcé, les arbitres devaient avoir la jouissance et l'exercice des droits politiques, tandis que cela n'était point indispensable en cas d'arbitrage volontaire. Aujourd'hui l'arbitrage suppose toujours un compromis, ou, en d'autres termes, il n'y a plus d'arbitrage forcé (1). Je suis disposé à croire que la fonction de l'arbitre n'est point une fonction publique, et qu'ainsi elle peut être valablement remplie même par un failli non réhabilité. Supposons que Pierre vende à Paul un certain objet, et qu'il soit convenu entre eux que le prix sera fixé par un tiers (2) : le tiers ainsi désigné par les parties n'est pas, à proprement parler, un arbitre, car il n'a pas à statuer sur un différend; la fixation par lui faite est l'événement d'une condition insérée dans le contrat, et sans aucun doute les parties peuvent choisir pour faire cette fixation une personne quelconque. Or, au fond, le rôle de l'arbitre est de même nature que le rôle de ce tiers. Lorsque deux personnes qui ont ensemble un différend font un compromis, cela veut dire que chacune promet d'abandonner telle prétention, de payer telle somme, etc., si la décision de l'arbitre est en ce sens (3). En un mot, ce que décide

(1) Voy. la loi du 17 juillet 1856.

(2) C'est le cas prévu par l'art. 1592 du Code Napoléon.

(3) Le compromis n'est autre chose qu'une espèce de transaction conditionnelle.

l'arbitre, cela ne vaut point comme la sentence d'un juge, d'un délégué du souverain, cela vaut purement et simplement comme convention des parties. L'arbitre condamnant Paul à payer à Pierre 20,000 fr., il se trouve que Paul était débiteur de 20,000 fr. sous une condition aujourd'hui réalisée. Ainsi, tout ce que fait l'arbitre, il ne le fait qu'en vertu du pouvoir que lui donne la convention expresse ou tacite de deux particuliers. Il est donc impossible de voir en lui un fonctionnaire public, et c'est ce qui explique pourquoi sa décision n'aura la force d'un jugement qu'après qu'elle aura été déclarée exécutoire par le président du tribunal ou de la Cour, conformément aux articles 1020 et 1021 du Code de procédure (1).

2e Classe. *Incapacités commerciales.* — Le nouvel art. 613 du Code de commerce reproduit littéralement l'ancien art. 614, qui était ainsi conçu : « Nul commerçant failli ne pourra se « présenter à la Bourse, à moins qu'il n'ait obtenu sa réhabili- « tation » (2). En conséquence, l'autorité chargée de la police de la Bourse devrait expulser le failli qui s'y présenterait. — La disposition dont il s'agit a été ajoutée en 1807, sur la demande des Sections du Tribunat. Voici, en résumé, comment était motivée leur réclamation à cet égard :

« La réhabilitation fait supposer nécessairement que celui qui la demande a souffert une diminution de droits, une espèce de dégradation, et c'est ce qui n'est pas annoncé dans le projet. En sorte que le but de la loi en cette partie n'est pas indiqué.... La réhabilitation laisse toujours supposer un changement d'état que le failli aurait éprouvé dans la société; nulle part on ne

(1) Comp. M. Barrilliet, *loc. cit.*, p. 545 et suiv.

(2) On peut rattacher à cette disposition l'art. 83, aux termes duquel le failli ne peut être ni agent de change ni courtier : car on ne comprend pas un agent de change ou un courtier qui n'aurait pas le droit de se présenter à la Bourse. Mais je crois que la règle de l'art. 83 tient surtout à ce que la loi considère les agents de change et les courtiers comme étant des fonctionnaires publics. Voy. ci-dessus, p. 194 et 195.

voit ce changement d'état. Cette circonstance conduit à l'idée d'établir entre le failli et les autres commerçants une distinction qui, ayant le caractère de la honte, engagerait les commerçants à redoubler d'efforts et de soins pour prévenir une faillite qui, quoiqu'elle n'ait point les caractères de banqueroute, ne laisse pas d'avoir des suites fâcheuses et d'imprimer une tache sur le failli. Il serait à propos que la loi privât le failli du droit d'entrer à la Bourse jusqu'à sa réhabilitation. Tel est l'usage qui se pratique dans plusieurs places considérables de commerce, et cet usage justifierait une disposition législative à ce sujet. »

L'entrée de la Bourse avait déjà été défendue aux faillis par un arrêt du Conseil du 21 avril 1766 (1).

— Aux termes du décret du 16 janvier 1808, *qui arrête définitivement les statuts de la Banque de France*, « la Banque n'admet à l'escompte que des effets de commerce à ordre, timbrés, « et garantis par trois signatures au moins, notoirement solvables; la Banque peut cependant admettre à l'escompte des « effets garantis par deux signatures seulement, mais notoirement solvables, et après s'être assurée qu'ils sont créés pour « fait de marchandises, si on ajoute à la garantie des deux signatures un transfert d'actions de la Banque ou de 5 p. 100 « consolidés, valeur nominale » (art. 11 et 12). Lorsque sur un effet présenté à l'escompte se trouve la signature d'un failli non réhabilité, va-t-on dire par cela même qu'elle n'est pas *notoirement solvable?* Évidemment non : un homme peut avoir

(1) Cet arrêt du Conseil est motivé comme il suit : « Attendu que de tout « temps l'entrée de la Bourse a été naturellement interdite à ceux qui ont « atermoyé avec leurs créanciers, ou dont les affaires ont été autrement « dérangées, et que ce n'est qu'après s'être entièrement acquittés qu'ils ont « obtenu leur réhabilitation et leur rentrée à la Bourse; que cependant cet « usage, pris dans la sûreté des choses publiques, ne s'est pas maintenu « autant qu'il aurait été à désirer, sans doute par le défaut d'une loi expresse à ce sujet pour la ville de Paris...; qu'il paraît d'une importance « absolue de rendre commune à toutes les personnes qui fréquentent la « Bourse une partie des dispositions de l'arrêt du Conseil du 24 septembre « 1724 (qui défend qu'un failli puisse être agent de change), et d'établir à « Paris une loi déjà connue dans plusieurs villes du royaume... »

été autrefois déclaré en faillite, et se trouver aujourd'hui, bien que n'ayant point obtenu la réhabilitation, dans un état tel que personne n'hésitera à tenir sa signature pour *notoirement solvable ;* — comme, réciproquement, il est bien certain que la signature d'un failli qui se fait réhabiliter ne devient pas par cela seul *notoirement solvable.* Quand il s'agit d'appliquer les articles 11 et 12 du décret de 1808, l'un des signataires de l'effet présenté à l'escompte étant un failli, la circonstance qu'il a été ou qu'il n'a pas été réhabilité n'est donc pas d'une importance décisive. Mais le même décret de 1808 prévoit une hypothèse où il en est tout autrement, où la circonstance que le failli n'a pas été réhabilité le constitue dans un véritable état d'incapacité : « Tout failli non réhabilité, dit l'art. 50, ne peut « être admis à l'escompte » (1). Du reste, je ne crois pas que dans la pratique cette disposition cause un embarras bien sérieux au failli non réhabilité qui veut faire escompter un effet de commerce dont il est porteur.

— Le décret du 8 juin 1806 *concernant les théâtres* disait, dans son art. 13 : « Tout entrepreneur qui aura fait faillite ne « pourra plus rouvrir de théâtres. » Cette disposition avait été expressément maintenue par l'Ordonnance royale du 8 décembre 1824, *relative à l'organisation des théâtres dans les départements*, dont l'art. 10 était ainsi conçu : « Conformément à « l'art. 13 du décret de 1806, tout directeur qui aura fait fail- « lite ne pourra être appelé de nouveau à la direction d'un « théâtre. » A cet égard, je ferai seulement deux observations :

1° Celui que le décret et l'Ordonnance déclarent incapable d'ouvrir un théâtre ou d'être appelé à la direction d'un théâtre, ce n'est pas d'une manière générale le commerçant failli; c'est

(1) Le décret a pourvu à ce qu'il y eût possibilité de se conformer à cette disposition. L'art. 51 ajoute : « Il sera tenu un registre où seront inscrits « les noms et demeures des commerçants qui ont fait faillite. Ce registre « contiendra : la date ou l'époque de la faillite; l'époque de la réhabilita- « tion, si elle a eu lieu. »

uniquement celui qui a fait faillite étant déjà entrepreneur ou directeur d'un théâtre. Le texte du décret ni celui de l'Ordonnance ne peuvent laisser le moindre doute à cet égard.

2° L'article du décret ni celui de l'Ordonnance ne disent rien de la réhabilitation. On pourrait donc soutenir que l'incapacité dont il s'agit continue d'affecter même le failli réhabilité. Mais cette interprétation serait contraire au système général de la loi sur la réhabilitation, et je suis disposé à croire qu'ici comme en toute autre matière la réhabilitation obtenue par le failli efface toutes les conséquences qu'avait produites contre lui le jugement déclaratif (1).

Cette incapacité particulière du directeur de théâtre qui a fait faillite existe-t-elle encore aujourd'hui, sous l'empire du décret du 6 janvier 1864? La question me paraît assez délicate. En effet, d'une part, il résulte bien de l'art. 1er de ce décret que tout individu peut faire construire et exploiter un théâtre, à la charge de faire une simple déclaration à l'autorité : ni cet article 1er ni aucun autre article du même décret n'excluent le failli du bénéfice du droit commun. Mais, d'autre part, on peut dire que le sens véritable de l'art. 1er est que désormais, pour pouvoir exploiter un théâtre, il n'est plus nécessaire d'avoir obtenu de l'autorité un privilége; que cet art. 1er ne signifie pas qu'il n'existe plus aucune personne incapable d'exploiter un théâtre; et qu'en effet l'art. 8 n'abroge les dispositions des décrets et ordonnances antérieurs qu'autant qu'elles seraient contraires au présent décret, ce qui ne paraît pas être le cas de l'art. 13 du décret de 1806 et de l'art. 10 de l'Ordonnance de 1824. — En définitive, je suis disposé à croire que l'incapacité établie en 1806 et consacrée en 1824 n'existe plus aujourd'hui. Cette incapacité se conçoit bien à une époque où l'autorité accordait un privilége à l'effet d'exploiter un théâtre : l'autorité était responsable, au moins moralement, de la mauvaise gestion

(1) Comp. l'observation déjà faite à propos des prud'hommes, ci-dessus, p. 193.

de l'entrepreneur ou directeur agréé et privilégié par elle. Alors le Gouvernement posait d'avance une règle générale portant que le privilége ne pourrait jamais être accordé à un individu dont les antécédents étaient de nature à faire craindre une mauvaise gestion, à faire craindre, par conséquent, que l'autorité qui l'aurait choisi ne se trouvât jusqu'à un certain point compromise. Aujourd'hui, tout individu étant libre d'exploiter un théâtre, comme en général d'entreprendre un commerce quelconque, l'autorité ne peut encourir aucune espèce de reproche par suite de la mauvaise gestion du directeur : elle ne l'a point nommé, elle ne l'a point recommandé au public(1). C'est à ceux qui contractent avec lui à voir si ses antécédents sont de nature à faire espérer qu'il remplira ses engagements. Le motif qui avait dicté la disposition du décret de 1806 et de l'Ordonnance de 1824 a donc cessé d'exister. J'ajoute qu'en faveur de cette doctrine on peut tirer un argument *a contrario* assez puissant de l'art. 2 du nouveau décret, lequel est ainsi conçu : « Les entrepreneurs de théâtres « devront se conformer aux ordonnances, décrets et règle- « ments, pour tout ce qui concerne l'ordre, la sécurité et la sa- « lubrité publics. Continueront d'être exécutées les lois exis- « tantes sur la police et la fermeture des théâtres, ainsi que « sur la redevance établie au profit des pauvres et des hos- « pices » (2).

(1) Sans doute, quand une salle de théâtre appartient à l'État ou à une ville, l'État ou la ville propriétaire peut la louer ou la concéder gratuitement à tel entrepreneur de spectacles ; l'État ou la ville peut même accorder une subvention à cet entrepreneur (décret du 6 janvier 1864, art. 1 *in fine*). Mais il n'y a là rien qui ressemble à l'ancienne concession d'un *privilége*. Et, en droit, la position de l'entrepreneur qui a traité avec l'État ou avec la ville, ou qui reçoit une subvention, ne diffère point de celle d'un entrepreneur ordinaire.

(2) Il résulte d'une Ordonnance rendue en Conseil d'État le 14 novembre 1821 que la faillite d'un directeur de théâtre entraîne nécessairement le retrait du privilége qui lui était concédé, et que ses créanciers ne peuvent pas, à moins que l'Administration ne les y autorise, continuer l'exploitation. « Dans l'espèce, disent les *considérants* de l'Ordonnance, le cas de « faillite ne pouvait être régi par les règles du droit civil, mais par le dé- « cret du 8 juin 1806, qui interdit aux faillis la direction des théâtres; aux

3e CLASSE. *Incapacités qui tiennent à ce que l'honorabilité du failli non réhabilité est suspecte.* — Cette idée que l'honorabilité du failli est suspecte tant qu'il n'a pas obtenu sa réhabilitation peut seule expliquer les dispositions suivantes :

Décret organique de la Légion d'honneur, du 16 mars 1852, art. 39 : « L'exercice des droits et des prérogatives des membres « de la Légion d'honneur est suspendu par les mêmes causes « que celles qui suspendent les droits de citoyen français » (1).

Décret du 24 novembre 1852 *sur la discipline des membres de la Légion d'honneur et des décorés de la médaille militaire*, art. 2 : « Lorsqu'un membre de l'ordre est suspendu de ses droits de « citoyen français, sur le vu de l'acte constatant cette suspen- « sion, le grand-chancelier, après avoir pris l'avis du conseil « de l'ordre, fait opérer sur les matricules la mention que cet « individu est suspendu de tous les droits et prérogatives at- « tachés à la qualité de membre de l'ordre, ainsi que du droit « au traitement qui y est affecté. » — Art. 6. « Les dispositions « du Titre VI du décret du 16 mars dernier sur l'ordre de la « Légion d'honneur, ainsi que le présent décret, sont applicables

« termes de ce décret, le sieur F. ne pouvait continuer son entreprise ni « la transmettre à ses ayant-cause » (Dev.-Car., *Coll. nouv.*, VI, 2, 484). — Cette décision ne devrait plus être donnée aujourd'hui. Puisque tout individu peut exploiter un théâtre, à la charge de faire une déclaration à l'autorité, il s'ensuit évidemment que celui qui a commencé l'exploitation d'un théâtre peut céder son entreprise à qui bon lui semble, et aussi que ses créanciers peuvent continuer l'exploitation en son lieu et place conformément à l'art. 1166 du Code Napoléon. Spécialement au cas où le directeur ou entrepreneur vient à être déclaré en faillite, nous appliquerons les règles générales du Code de commerce, nous appliquerons entre autres l'art. 532, aux termes duquel les créanciers, à la majorité des trois quarts en nombre et en sommes, peuvent donner mandat aux syndics pour continuer l'exploitation.

(1) L'art. 2 de l'arrêté du 24 ventôse an XII contenait déjà la même disposition, avec ces mots en plus : *d'après l'art. 5 de la Constitution.* En conséquence, il fallait dire que le membre de la Légion d'honneur qui devenait héritier immédiat d'un failli non réhabilité encourait par là même la suspension dont il s'agit. Il n'en est plus ainsi aujourd'hui. Comp., ci-dessus, p. 199 et 200.

« aux décorés de la médaille militaire... » — Art. 7. « La sus-
« pension des droits et prérogatives attachés à la qualité de
« membre de la Légion d'honneur ou de décoré de la médaille
« militaire emporte la suspension de l'autorisation de porter les
« insignes d'un ordre étranger quelconque. »

Je dis que l'incapacité ou la déchéance que consacrent ces dispositions tient à ce que l'honorabilité du failli non réhabilité est suspecte (1). Au premier abord, on serait tenté de la rattacher immédiatement à la suspension des droits politiques qui résulte du jugement déclaratif de faillite : on serait tenté de croire que, d'après la doctrine du législateur, pour pouvoir exercer les droits et prérogatives attachés à la qualité de membre de la Légion d'honneur, il faut nécessairement avoir la jouissance et l'exercice des droits politiques. En effet, le texte même des décrets de 1852 paraît mettre les deux choses sur la même ligne, comme si la suspension des droits politiques encourue par le failli impliquait naturellement la suspension des droits et prérogatives attachés à la qualité de membre de la Légion d'honneur. Mais il me paraît impossible de considérer comme étant un droit politique, comme supposant la qualité de citoyen, le droit de faire partie de la Légion d'honneur. En d'autres termes, si le jugement déclaratif de faillite emporte suspension des droits politiques et suspension des droits et prérogatives attachés à la qualité de membre de la Légion d'honneur, ce sont là deux effets parfaitement distincts et dont le premier n'impliquait point le deuxième. Il est facile de le démontrer. En effet, pour jouir des droits politiques, il faut avant tout avoir vingt-un ans accomplis et être Français ; or, rien ne s'oppose à ce qu'un mineur fasse partie de la Légion d'honneur (2), et de même un

(1) Sans doute les incapacités politiques et commerciales dont nous avons parlé tiennent aussi, jusqu'à un certain point, à ce que le législateur considère comme suspecte l'honorabilité du failli. Mais l'incapacité ou la déchéance dont nous parlons maintenant dérive plus directement, plus exclusivement, de cette idée.

(2) Voy. notamment, dans le décret organique, les art. 11, 15, 16 et 17.

étranger peut très-bien y être admis (1). Cela étant, il faut évidemment reconnaître que, si le failli encourt la suspension des droits attachés à la qualité de membre de la Légion d'honneur, ce n'est point parce qu'il encourt la suspension des droits politiques, c'est uniquement parce que son honorabilité est aujourd'hui suspecte. De là les conséquences suivantes :

1° Si un mineur ou un étranger, membre de la Légion d'honneur, venait à être déclaré en faillite, assurément cela n'entraînerait pas pour lui suspension des droits de citoyen qu'il n'a jamais eus, mais cela entraînerait sans difficulté suspension des droits attachés à cette qualité de légionnaire ;

2° Si par erreur le Gouvernement avait appelé à faire partie de la Légion d'honneur un failli non réhabilité, il y aurait lieu d'annuler une pareille nomination.

Dans cette doctrine que je crois la seule exacte, il reste un point à expliquer : comment se fait-il que tout individu qui perd la qualité de Français (2), perde par cela même la qualité de membre de la Légion d'honneur? Quand on y regarde de près, on reconnaît bien vite que cela n'a rien de contraire à la doctrine qui vient d'être exposée. En effet, comme l'indique la devise même qui est gravée sur la croix (3), pour avoir le droit de porter cette croix, il faut rester fidèle à l'honneur et à la patrie. Celui qui est déclaré en faillite est-il resté fidèle à l'honneur ? Cela est douteux. Le Français qui a perdu cette qualité est-il resté fidèle à la patrie ? Il est certain que non (4).

(1) « Les étrangers, dit l'art. 7 du décret organique, seront admis et non « reçus ; ils ne prêtent aucun serment et ne figurent pas dans le cadre « fixé. »

Il n'est même pas sans exemple que la croix de la Légion d'honneur ait été donnée à une femme.

(2) Décret organique du 16 mars 1852, art. 38 ; décret du 24 novembre 1852, art. 1er.

(3) Décret organique, art. 8.

(4) Le Gouvernement français peut décorer un étranger ; mais, quand il décore un Français, il faut toujours sous-entendre une condition résolutoire pour le cas où ce Français cesserait de l'être.

— Nous avons vu que la qualité de tuteur, subrogé-tuteur ou membre d'un conseil de famille, ne présuppose ni l'exercice ni même la jouissance des droits politiques. S'ensuit-il que cette qualité n'ait rien d'incompatible avec celle de failli non réhabilité? Je ne puis le croire d'une manière absolue. Aux termes de l'art. 444 du Code Napoléon, « sont exclus de la tutelle, et « même destituables s'ils sont en exercice, 1° les gens d'une « inconduite notoire, 2° ceux dont la gestion attesterait l'incapa- « cité ou l'infidélité. » Sans doute il est possible qu'un commerçant soit déclaré en faillite sans qu'il y ait eu de sa part inconduite notoire, incapacité ou infidélité; mais on peut présumer le contraire, et le conseil de famille ne doit laisser la tutelle à un failli qu'autant qu'il lui sera bien démontré que son honorabilité est entière et que la catastrophe qui vient de le frapper n'est point due à son incapacité. Il y a donc là, en définitive, une question de fait (1).

Nous connaissons maintenant les incapacités qu'entraîne le jugement déclaratif de faillite et que vient effacer la réhabilitation. En matière criminelle ou correctionnelle, la réhabilitation efface également toutes les incapacités qu'avait produites la condamnation (2).

(1) En ce sens, voy. notamment M. Demolombe, *Traité de la minorité, de la tutelle et de l'émancipation*, t. 1er, n° 492; et la dissertation déjà citée de M. Derouet (*Revue pratique de droit français*, t. XVI, p. 519 et suiv.).

M. Demolombe ne tombe-t-il pas dans une certaine contradiction, en admettant, d'une part, que la tutelle est une sorte de fonction publique (*Cours de Code Napoléon*, t. I, n° 245), et, d'autre part, que la tutelle peut être laissée à un failli?

(2) Aux termes du nouvel art. 634, 1er alinéa, du Code d'instruction criminelle, « la réhabilitation fait cesser pour l'avenir, dans la personne du « condamné, toutes les incapacités qui résultaient de la condamnation. » Comme le dit très-bien l'*Exposé des motifs* de la loi du 3 juillet 1852, « la « grâce agit sur les *inflictions matérielles*, la réhabilitation agit sur les *in-* « *flictions morales* ou sur les *incapacités*. » Ainsi, en matière criminelle, la réhabilitation fait cesser pour l'avenir tous les effets de la dégradation civique, sans distinguer si la dégradation civique a été encourue accessoire-

Quant à la réhabilitation *commerciale*, après avoir indiqué les déchéances dont elle relève le failli, il ne nous reste plus qu'à rechercher si c'est à cela que se borne son efficacité, ou si au contraire à certains autres points de vue elle a encore des conséquences utiles.

D'abord on s'est demandé si l'hypothèque légale de la femme du failli reste soumise à la restriction établie par l'art. 563, même après que le failli a obtenu un concordat, même après qu'il a payé toutes ses dettes hypothécaires ou privilégiées et le montant intégral des dividendes promis par ce concordat aux créanciers chirographaires, tant qu'il n'a pas obtenu sa réhabilitation. La Cour suprême, par un arrêt de cassation du 1er décembre 1858, s'est prononcée pour l'affirmative, et je me suis rallié à cette doctrine (1). En effet, l'homologation du concordat fait bien cesser l'administration des syndics; mais, à tous autres égards, l'état de faillite subsiste tant qu'il n'y a pas eu réhabilitation. Il n'y a que le réhabilité qui puisse dire : « J'ai été failli, je ne le suis plus. »

En second lieu, on s'est demandé si la réhabilitation obtenue par un failli concordataire, qui plus tard est reconnu n'avoir pas complétement payé certains de ses créanciers, ne devait pas avoir pour effet d'astreindre ce failli à la nécessité de désintéresser intégralement les créanciers dont il s'agit, encore que ceux-ci n'eussent formé aucune opposition à la demande en réhabilitation. Le tribunal de commerce de la Seine, par un jugement du 11 janvier 1843, confirmé en appel le 23 mai 1844, s'était

ment à une autre peine, ou si elle a été prononcée principalement (Code d'instr. crim., nouvel art. 620); en matière correctionnelle, la réhabilitation fait cesser pour l'avenir tous les effets de l'*interdiction* prononcée conformément aux art. 42 et 43 du Code pénal. Enfin la réhabilitation fait également cesser pour l'avenir l'effet d'une peine commune aux matières criminelles et aux matières correctionnelles, peine qui tantôt est prononcée principalement et tantôt est encourue accessoirement à une autre peine : je veux parler du *renvoi sous la surveillance de la haute police* (C. d'instr. crim., nouvel art. 620, 3e alinéa).

(1) Voy., ci-dessus, t. v, p. 567, note.

prononcé contre les créanciers (1). Mais cette décision a été cassée, sur les conclusions conformes de M. Pascalis, alors premier avocat général, par un arrêt de la Chambre civile du 20 mai 1846. Cet arrêt me paraît exactement motivé, et je me borne, en conséquence, à en reproduire ici les *considérants :*

« Attendu que la réhabilitation ne peut être accordée que sur « la justification faite par le failli qu'il a payé l'intégralité de ses « dettes, en capitaux, intérêts et frais ; qu'elle a pour effet né- « cessaire de faire cesser complétement l'état de faillite et d'en « effacer les conséquences ; qu'ainsi le débiteur ne saurait être « admis tout à la fois à jouir du bénéfice de la réhabilitation et « à maintenir ses créanciers dans les liens d'un concordat ;

« Attendu que, soit les preuves du paiement intégral des det- « tes que le débiteur est tenu de rapporter à l'appui de sa de- « mande en réhabilitation, soit la publicité que reçoit cette « demande, soit les investigations prescrites aux juges avant d'y « faire droit, témoignent ouvertement que la volonté de la loi « est que la libération soit entière, et que toute créance soit « payée, sans distinction de celles qui ont été ou n'ont pas été « comprises dans l'état passif de la faillite ; — Que c'est dans « cette vue que la loi autorise les créanciers non désintéressés à « former opposition à la réhabilitation ; mais qu'elle ne leur « fait pas une nécessité de cette opposition, et qu'elle ne pro-

(1) « L'arrêt de réhabilitation, est-il dit dans le jugement, se borne à « constater que le failli s'est acquitté intégralement, en principal, intérêts « et frais, envers ses créanciers, et que toutes les formalités voulues par la « loi ont été remplies, sans imposer au failli réhabilité l'obligation de satis- « faire de la même manière le créancier qui viendrait se faire ultérieure- « ment connaître. Dans le silence de la loi, il convient d'examiner si le « failli, en demandant sa réhabilitation, s'oblige par cela même à payer in- « tégralement toutes ses dettes, même celles dont il a pu ignorer l'exis- « tence ; s'il peut être en même temps failli concordataire vis à vis de quel- « ques-uns de ses créanciers et failli réhabilité à l'égard des autres. La « réhabilitation est facultative ; l'obligation de payer ne peut résulter que « de conventions expresses ; le concordat est le seul contrat qui lie les par- « ties, et l'arrêt de réhabilitation, en restituant à S. des droits perdus, n'a « créé aucune obligation nouvelle... »

« nonce contre ceux qui ne l'auront pas faite aucune déchéance « ni forclusion de leurs droits, tels qu'ils existaient avant la « faillite ; qu'elle est surtout fort éloignée de vouloir les ra- « mener à l'exécution du concordat, auquel le débiteur renonce « virtuellement par sa demande en réhabilitation, concordat « qui par conséquent est incompatible avec la réhabilitation ; — « Qu'en effet la réhabilitation doit être entière ; qu'elle ne com- « porte pas de moyen terme ; qu'elle doit seule régler la condi- « tion du réhabilité à l'égard de tous ses créanciers sans excep- « tion ; qu'il ne peut rester failli pour les uns et réhabilité pour « les autres ; qu'enfin la réhabilitation opère une restitution « d'état, et que l'état des personnes est indivisible... » (1).

Ainsi, la réhabilitation ne doit être prononcée qu'au profit du failli qui a intégralement payé ses créanciers ; prononcée dans un cas où cette condition n'était pas remplie, elle implique promesse du failli de la remplir à première réquisition. En d'autres termes, l'arrêt portant réhabilitation constate pour le public que le failli a complétement désintéressé ses créanciers, ou, tout au moins, si quelque dette non payée est restée inconnue, qu'il y fera honneur.

(1) Dev.-Car., 46, 1, 359.

LIVRE QUATRIÈME.

DE LA JURIDICTION COMMERCIALE.

* M. Bravard, dans sa chaire, ne pouvait consacrer qu'une seule leçon à l'explication des matières importantes qui font l'objet de ce Livre IV. Il ne disait même rien des dispositions comprises sous les Titres III et IV, lesquelles, du reste, seraient mieux placées dans le Code de procédure civile que dans le Code de commerce (1).

Je vais d'abord reproduire ici la leçon faite par le savant professeur le 5 juillet 1860 : on y trouvera un excellent tableau d'ensemble sur les juridictions et sur la compétence en matière de commerce. J'entrerai ensuite dans l'examen détaillé des dispositions législatives. *

(1) Titre III, *De la forme de procéder devant les tribunaux de commerce* ; Titre IV, *De la forme de procéder devant les Cours impériales.*

Les juridictions commerciales, sous l'empire du Code de 1808, étaient au nombre de trois, savoir : les tribunaux de commerce, les arbitres en matière de sociétés, les prud'hommes. Aujourd'hui, depuis la loi du 17 juillet 1856, qui a supprimé l'arbitrage forcé en matière de société (1), les juridictions commerciales se réduisent à deux, les tribunaux de commerce et les prud'hommes. Je vais essayer de donner une idée succincte, et cependant assez précise, de chacune de ces juridictions.

Mais, avant tout, quelle est la raison d'être des juridictions commerciales? C'est l'insuffisance de la juridiction civile; c'est le peu d'harmonie qui existe entre les conditions propres à cette juridiction, et la nature particulière des opérations commerciales, des contestations qui en résultent. Cette inaptitude, si je puis m'exprimer ainsi, de la juridiction civile pour le jugement des contestations commerciales se manifeste à un triple point de vue :

D'abord la marche de la juridiction ordinaire ou civile est lente, et cette lenteur a été considérée comme une garantie des intérêts engagés dans les contestations judiciaires, surtout pour les affaires criminelles : la précipitation dans les jugements a, en effet, quelques graves inconvénients, de véritables dangers surtout en matière criminelle. Mais les affaires commerciales ne sauraient s'accommoder de ces lenteurs : il est de leur nature, de leur essence, de se former et de s'exécuter rapidement. Dans le commerce, le temps est un capital, une sorte de richesse; tout retard, toute entrave, est une cause de dommage, un obstacle. Il fallait donc instituer, pour juger les différends qui s'élèvent en matière commerciale, une juridiction qui procédât avec plus de rapidité que ne le fait la juridiction ordinaire, sous peine de

(1) Voy. t. I, p. 478 et suiv.

créer des difficultés au lieu de les aplanir, de mettre l'instrument judiciaire en contradiction avec la matière sur laquelle il doit s'exercer.

A un second point de vue, la juridiction ordinaire ne convenait pas au jugement des contestations commerciales : devant elle, les formes sont compliquées, et les frais assez considérables. Le taux de ces frais et la complication de ces formes n'ont sans doute rien d'exorbitant en matière civile, où les contestations sont peu nombreuses et ne se renouvellent que de loin en loin, où elles sont si rares, même, qu'il y a beaucoup de personnes qui n'ont jamais eu de procès en leur vie. Mais, en matière commerciale, les contestations sont aussi multipliées que les opérations mêmes qui les engendrent ou auxquelles elles se rattachent; elles se succèdent, elles se renouvellent, en quelque sorte, comme ces opérations elles-mêmes. Dès lors, on le comprend, si, en matière commerciale, les formes de la procédure étaient aussi compliquées, les frais aussi élevés qu'en matière civile, il en résulterait, à raison du nombre des contestations, une aggravation très-préjudiciable aux intérêts du commerce. Il fallait donc lui octroyer une juridiction devant laquelle les formes fussent plus simples, et les frais beaucoup moindres. C'est la seconde raison qui a fait établir des juridictions commerciales.

Il y a une troisième donnée commune à toutes les juridictions commerciales et qui est aussi une de leurs raisons d'être : c'est le désir de terminer les différends à l'amiable, par la voie de la conciliation. Il n'y a pas de meilleur moyen de prévenir les frais et les embarras inséparables de tout procès; or, la première condition requise pour faciliter les conciliations, les arrangements à l'amiable, c'est que le magistrat qui s'interpose entre les parties, les connaisse, soit en rapport avec elles, exerce ou ait exercé la même profession, ait eu à défendre pour lui-même les mêmes intérêts. Cela étant, pour atteindre le but, il fallait instituer des juridictions dont les membres, exerçant la même profession que les justiciables, fussent élus par ces derniers; et c'est en cela

que les juridictions commerciales diffèrent surtout des juridictions civiles, dont les membres, nommés par le souverain, inamovibles et à vie, n'ont pour ainsi dire aucun point de contact en dehors de leurs fonctions avec leurs justiciables, et en sont séparés par une trop grande distance pour pouvoir remplir avec succès le rôle de conciliateurs.

Après ces notions préliminaires, formons-nous une idée des différentes juridictions commerciales, et d'abord de la juridiction des tribunaux de commerce, qui est de beaucoup la plus importante. Elle est instituée pour prononcer, en général, sur les contestations qui s'élèvent entre commerçants à raison de leur commerce, et aussi sur celles qui peuvent s'élever entre toutes personnes à raison d'actes de commerce.

Cette juridiction, qui date de 1563 (1), a toujours été, comme elle est encore aujourd'hui, *élective*. Les juges de commerce sont élus par les commerçants notables de l'arrondissement dans lequel chaque tribunal est établi ; la liste des notables est dressée par le préfet et approuvée par le ministre de l'intérieur. Pour être éligible, il suffit d'être âgé de 30 ans, et d'exercer ou d'avoir exercé le commerce avec distinction pendant cinq ans. Mais pour le président l'âge de 40 ans est exigé ; il faut, de plus, la qualité d'ancien juge.

Un second caractère de la juridiction dont il s'agit, c'est d'être *temporaire*. La temporalité des fonctions des juges de commerce est la conséquence naturelle de ce qu'elles sont électives : il est de la nature de tout mandat d'être donné pour un temps limité. D'après le texte primitif du Code de commerce, la durée des fonctions des juges de commerce était limitée à deux ans, et ils ne pouvaient être réélus qu'après un an d'intervalle ; mais, en 1840, cette disposition fut modifiée, et remplacée par une autre, suivant laquelle, après une période de

(1) Voy. l'Édit de Charles IX, qui établit en la ville de Paris un juge et quatre consuls des marchands.

deux ans de judicature, les juges de commerce peuvent être également réélus pour une seconde période de deux années, de sorte que, contrairement au texte primitif du Code, il leur est laissé la possibilité de rester quatre ans de suite en fonctions. Mais, après ces quatre ans, ils ne peuvent plus être réélus, si ce n'est après un an d'intervalle.

Un troisième caractère de la juridiction commerciale, qui se rattache aux deux précédents et les complète, c'est d'être *gratuite*. Non-seulement la juridiction commerciale est gratuite, mais elle l'a toujours été. C'est une différence encore qui distingue les juridictions commerciales de la juridiction ordinaire, et elle s'explique facilement. En effet, d'abord les juges de commerce ne sont pas obligés d'interrompre leur profession commerciale pour vaquer à leurs fonctions de juges de commerce ; ils peuvent, tout à la fois, être juges de commerce et commerçants en exercice, — tandis que les fonctions des juges civils sont incompatibles avec toute autre fonction rétribuée, avec toute autre profession lucrative.

En second lieu, les fonctions des juges de commerce sont limitées à une très-courte durée, tandis que les fonctions des juges civils durent toute leur vie.

Enfin, les juges de commerce ne sont assujettis à la justification d'aucune condition de capacité juridique, à l'obtention d'aucun diplôme ; ils n'ont pas à supporter des frais d'études, — tandis que, comme chacun sait, il en est tout autrement des juges civils. En conséquence, autant il est naturel que les fonctions des juges de commerce soient gratuites, autant il l'est que celles des juges civils soient rémunérées.

A côté des tribunaux de commerce, il y a les conseils de prud'hommes, dont les fonctions sont également électives, temporaires et gratuites, et qui sont institués pour juger et surtout pour concilier les différends qui s'élèvent journellement entre les patrons ou fabricants et les ouvriers, contre-maîtres ou chefs d'ateliers. C'est une espèce de justice de paix industrielle. Elle

procède avec plus de simplicité et de rapidité encore que la juridiction commerciale ordinaire. Je dis *ordinaire :* car on peut considérer les tribunaux de commerce comme la juridiction commerciale ordinaire, et les conseils de prud'hommes comme une juridiction commerciale exceptionnelle. Les prud'hommes opèrent surtout un très-grand nombre de conciliations : le nombre des contestations qu'ils concilient est incomparablement plus grand que celui des contestations qu'ils jugent. Leur institution date de 1806, et elle repose toujours sur la loi du 18 mars 1806, qui est la loi fondamentale. Quant aux modifications qui y ont été faites depuis, quant au mode de nomination des prud'hommes, aux conditions d'électorat, d'éligibilité, ce sont là des dispositions réglementaires en quelque sorte, dans le détail desquelles je n'entrerai pas.

Je passe à la compétence des tribunaux de commerce.

Et d'abord, je dois faire remarquer que leur compétence est exceptionnelle, en ce sens qu'ils ne peuvent connaître que des contestations dont la connaissance leur a été expressément attribuée par la loi, tandis que les tribunaux civils sont compétents pour statuer en matière de droit privé sur toutes les contestations dont la connaissance ne leur a pas été retirée. Ainsi, ce qui pour les uns est la règle, est pour les autres l'exception. Pour les tribunaux ordinaires, la règle, c'est la compétence; l'exception, c'est l'incompétence. Pour les tribunaux de commerce, au contraire, la règle, c'est l'incompétence; l'exception, c'est la compétence.

Voilà pourquoi, quand il s'agit de déterminer la compétence de ces tribunaux, on a procédé par voie d'énumération, on a énoncé les différentes natures d'affaires qu'on entendait soumettre à leur juridiction. Donc, dans le doute, il faudrait plutôt se prononcer contre que pour la compétence de ces tribunaux.

Cela posé, voyons sur quelle base est fondée la compétence des tribunaux de commerce. Elle est fondée sur trois bases distinctes, savoir : 1° la nature des actes; 2° la qualité des person-

nes; 3° ces deux données réunies. En d'autres termes, la compétence des tribunaux de commerce est, suivant les cas, *réelle*, *personnelle* ou *mixte* : car les actes qu'elle comprend sont réputés commerciaux, ou d'après leur nature propre, ou à raison de la qualité de celui qui les a faits, ou en considération tout à la fois de la nature propre de l'acte en lui-même et de la qualité personnelle.

Commençons par la compétence *réelle;* c'est la première branche de la compétence. Elle s'applique aux actes qui, en eux-mêmes et abstraction faite de la qualité des personnes qui y participent, constituent des actes de commerce ou sont réputés tels. L'art. 632 en contient une assez longue énumération.

Le premier, le plus important, le plus fréquent des actes de commerce qui sont tels par leur nature, c'est l'achat de denrées ou de marchandises pour les revendre ou pour en louer l'usage (art. 632, n° 1). Ainsi :

1° Il faut qu'il y ait un achat, ou, ce qui peut être considéré comme équivalent, qu'il y ait un échange, car la vente n'est qu'un échange perfectionné. Dès lors, quand il s'agit d'objets recueillis par succession ou par donation, ou qu'on s'est procurés par son travail ou par son industrie, la première condition requise pour constituer la commercialité manque. Supposons, par exemple, que le fils d'un commerçant recueille la succession de son père et que, ne voulant pas continuer l'exercice du commerce de son père, il vend, pour liquider cette succession, les marchandises qui s'y trouvent : il ne fait pas en cela d'acte de commerce, parce qu'il n'a pas acheté les marchandises qu'il vend, et qu'il n'est pas commerçant. Il en serait de même d'un chasseur ou d'un pêcheur qui vendrait le produit de sa chasse ou de sa pêche.

2° Il faut, pour être commercial, que l'achat ait pour objet des denrées ou marchandises, ce qui exclut tous les immeubles : car on ne saurait faire rentrer les immeubles dans ces expressions. Quand même des immeubles auraient été achetés par spéculation, pour être revendus et afin de réaliser un bé-

néfice sur la vente, l'achat qui en serait fait ne constituerait pas un acte de commerce.

3° Il faut que l'achat ait été fait en vue de la revente, qu'il ait eu pour cause déterminante l'intention de revendre. Un achat pourrait être suivi d'une vente sans qu'il y eût d'acte de commerce dans l'achat ni dans la revente, si l'achat n'avait pas été fait en vue de la revente. Ainsi, celui qui achète pour son usage un objet mobilier, et qui, ensuite, n'en étant pas satisfait, le revend, celui-là ne fait d'acte de commerce ni dans l'achat, ni dans la revente, parce que l'un de ces actes n'a pas été déterminé par l'autre ; ils se succèdent, mais ils ne dérivent pas l'un de l'autre ; ils ne se rattachent pas à une spéculation, dont ils constitueraient les deux éléments ; ils sont indépendants l'un de l'autre dans leur cause, dans leur cause efficiente, si je puis m'exprimer ainsi.

4° Il faut que ce qui a été acheté, l'ait été non-seulement pour être revendu, mais encore l'ait été en vue de réaliser un bénéfice sur la revente, et non pas simplement comme un moyen de faciliter la vente d'autres objets qui n'ont pas été achetés. Il faut, en un mot, que la chose joue dans la revente le même rôle que dans l'achat, et forme le second terme d'une spéculation qui a commencé par l'achat. Ainsi, par exemple, le propriétaire de vignes qui, pour tirer meilleur parti de son vin, le vend en pièces, et achète des tonneaux destinés à le recevoir et à être revendus en même temps, achète bien ces tonneaux pour les revendre, et néanmoins il ne fait pas en cela d'acte de commerce, parce qu'il n'a pas acheté ces tonneaux pour bénéficier sur leur revente, mais simplement pour tirer meilleur parti d'un produit de son crû. Il n'y a donc pas là, dans le sens de l'art. 632, un achat pour revendre ; il y a un achat fait pour servir à la vente de choses non achetées et comme un moyen de la faciliter : donc rien de commercial.

5° Quand même l'achat n'aurait pas été fait pour revendre, il constituerait un acte de commerce, s'il avait été fait pour louer : car dans ce cas encore il constituerait une spéculation.

Le caractère de spéculation est même, à un certain point de vue, plus prononcé dans l'achat pour louer que dans l'achat pour revendre : en effet, l'achat pour revendre ne peut servir de base qu'à une seule spéculation, laquelle commence par l'achat et se termine par la vente, tandis que l'achat pour louer est fait en vue, non pas d'une, mais de plusieurs opérations successives, qui constituent, en quelque sorte, autant de spéculations : les spéculations se renouvellent, se réitèrent avec chaque opération.

—Indépendamment des achats pour revendre ou pour louer, il y a d'autres actes qui sont réputés actes de commerce à l'égard de toute personne, et qui le sont alors même qu'ils seraient faits sans aucune vue de spéculation. Telles sont les opérations de change et les lettres de change. L'art. 632 s'en explique en ces termes : « La loi répute actes de commerce :... toute opéra-« tion de change ;... entre toutes personnes, les lettres de « change ou remises d'argent faites de place en place. » Mais pourquoi, après avoir parlé des *opérations de change*, ajouter les *lettres de change?* Est-ce que toute lettre de change ne suppose pas une opération de change, un contrat de change? Sans doute, et s'il ne s'agissait que du tireur et du preneur, on aurait pu s'en tenir aux mots *opération de change :* car le tireur et le preneur font une opération de change. Maintenant, pour la lettre de change, il faut une troisième personne, savoir, le tiré ; or, quand le tiré accepte, il s'engage bien sous forme de lettre de change et par lettre de change, mais on ne peut pas dire qu'il fait une opération de change, surtout quand c'est un non-commerçant qui n'a d'autre intention que de rendre service au tireur en s'engageant à payer le montant de la lettre de change, à la création de laquelle il est, du reste, complétement étranger. Cependant il sera réputé faire un acte de commerce, il sera justiciable du tribunal de commerce et contraignable par corps.

Pareillement, on ne peut pas dire que les endosseurs, surtout quand ils cèdent la lettre dans le lieu où elle est payable, font une opération ou un contrat de change ; et pourtant, dans

quelque lieu qu'il ait été passé, fût-ce dans le lieu du paiement, l'endossement constitue de la part de l'endosseur, même non commerçant, un acte de commerce : quand même il n'aurait eu aucune vue de spéculation, il n'en sera pas moins justiciable du tribunal de commerce et contraignable par corps, parce que les engagements contractés par lettre de change constituent en eux-mêmes et à l'égard de toute personne en général un acte de commerce.

On le voit donc, c'est avec raison, qu'après avoir parlé des opérations de change, le législateur a dit : *les lettres de change;* et ces derniers mots doivent s'entendre, non-seulement de la création de la lettre, mais encore de tout engagement contracté par lettre de change, par la signature donnée sur une lettre de change en une qualité ou en une autre.

Le législateur ne s'est pas contenté de dire : *Les opérations de change*, puis *les lettres de change ;* il a encore ajouté : *ou remises d'argent faites de place en place*, et il s'agit de savoir quelle peut être l'utilité de cette addition, ce que ces mots disent de plus que ceux qui précèdent. On a soutenu que ce n'était là qu'une espèce de définition de la lettre de change. Mais, n'y pas voir autre chose, ce serait, d'une part, supposer dans cet article une sorte d'inadvertance, puisque c'est au Titre *De la lettre de change* et non au Titre *De la compétence*, que devrait naturellement se trouver la définition de la lettre de change. D'autre part, cette définition serait inexacte : car pour la lettre de change, il importe peu que le lieu où elle est tirée et celui où elle est payable soient ou non une place de commerce. Il faut donc donner un autre sens à ces expressions, et je crois que le législateur a voulu par là désigner les *billets à domicile*, c'est-à-dire ceux qui sont souscrits par une personne dans un lieu autre que le lieu où elle est domiciliée, et payables à son domicile, et qui, par conséquent, contiennent une remise d'un lieu sur un autre; c'est en quoi ces billets diffèrent des billets à ordre ordinaires. Je crois donc que les remises d'argent faites sous cette forme, du moins lorsqu'elles le sont de place en place, consti-

tuent, et à l'égard de toutes personnes, des actes de commerce; c'est là, ce me semble, ce qu'on a voulu dire par les mots : *remises d'argent faites de place en place*. Cette interprétation me paraît conforme à l'économie de l'article, où l'on a commencé par mentionner les opérations de change; puis, pour donner plus d'extension à la compétence, on a ajouté les lettres de change, et, enfin, par une extension nouvelle, les remises d'argent faites de place en place. Il y a là une sorte de progression dans la compétence, qui va, en s'étendant, d'abord des opérations de change aux lettres de change, et enfin des lettres de change aux billets à domicile.

Après les lettres de change et les billets à domicile viennent *les opérations de banque*, qui diffèrent d'abord des opérations de change en ce qu'elles portent non-seulement sur des lettres de change, mais encore sur toute espèces de titres commerçables. En second lieu, elles ne consistent pas seulement dans l'achat et la vente, la création et l'endossement de papiers de commerce, d'effets de circulation; elles comprennent des actes d'une tout autre nature, tels que l'escompte et le recouvrement des effets commerçables et autres titres. Enfin, c'est aussi une opération de banque que l'ouverture de crédit. Les banquiers ouvrent des crédits à leurs correspondants et même à toutes personnes qui leur paraissent offrir des sûretés convenables.

Mais, après avoir parlé des opérations de banque, on a ajouté : *toutes les opérations des banques publiques;* et ces expressions semblent former double emploi avec celles qui précèdent. Cependant il n'en est rien : on a voulu par là comprendre dans la nomenclature des actes de commerce certaines opérations que font les banques publiques et qui par elles-mêmes ne sont pas des opérations de banque, telles que la réception de valeurs en numéraire, en effets, en actions ou en inscriptions de rentes, comme dépôt.

Il y a une autre espèce d'opérations que la loi répute en elle-même commerciale de la part de toute personne : c'est le courtage,

c'est-à-dire le fait de s'interposer entre les contractants pour les rapprocher et pour faciliter ainsi la conclusion du contrat. C'est parce que le courtage est en soi un acte de commerce que les agents de change et les courtiers, qui font du courtage leur profession, sont commerçants en même temps que fonctionnaires publics. Dans les villes où il n'y a pas de courtiers ni d'agents de change en titre, toute personne peut se livrer à des actes isolés de courtage ; elle peut même faire des actes de courtage sa profession. Il y a ainsi des courtiers non officiels : ils sont commerçants, sans être officiers publics. Du reste, les actes, même isolés, de courtage constituent, à l'égard de toute personne, des actes de commerce, quoiqu'ils n'aient pas en eux-mêmes le caractère de spéculation. On les a rangés dans la catégorie des actes de commerce, pour donner plus de sûreté à ceux qui recourent aux intermédiaires dont il s'agit : les personnes qui les emploieront pourront les poursuivre, s'il y a lieu, devant la juridiction commerciale, et les faire condamner par corps.

— Il y a, indépendamment des actes que je viens de passer en revue, des entreprises qui sont réputées commerciales.

Ainsi on considère comme étant commerciale l'*entreprise de transports*. Il ne s'agit pas de tout acte de transport, il s'agit de l'entreprise de transports. Un fermier conduit ses grains au marché pour les vendre ; dans le but d'utiliser son retour, il se charge d'un transport de marchandises moyennant un salaire : ce n'est point là un acte de commerce. Il en est autrement s'il s'agit d'un entrepreneur de roulage. C'est qu'ici la spéculation consiste dans l'entreprise, c'est-à-dire dans l'établissement lui-même, dans les avances de fonds qu'il nécessite pour l'installation de magasins, de bureaux, pour la réunion d'un personnel, d'un matériel suffisant, etc. La commercialité descend de l'établissement aux actes ; mais, si vous isolez les actes, ils ne sont plus commerciaux.

De même, la loi répute acte de commerce toute *entreprise de commission*. Ce n'est point l'acte isolé de commission qui est commercial, mais seulement l'entreprise. Je me charge

d'une opération pour un commerçant : c'est là un acte purement civil, acte de commission ou de mandat salarié. Il en est autrement à l'égard de celui qui forme une entreprise de commission, parce qu'il y a là une avance de fonds considérable et une chance résultant de cette avance, donc une spéculation. Ici encore la commercialité réside dans l'établissement et descend de l'établissement aux actes.

Il en est de même pour les *agences*, *bureaux d'affaires*, *établissements de ventes à l'encan*. Les actes, en eux-mêmes, ne sont point commerciaux : c'est l'établissement qui est commercial, qui forme la spéculation. La vente à l'encan d'une bibliothèque ou d'un mobilier après décès ne constitue pas pour les héritiers un acte de commerce ; mais l'établissement formé pour ces sortes de ventes suppose une avance de fonds en vue d'un bénéfice à faire : il est donc commercial.

L'entreprise de spectacles publics est celle qui présente au plus haut degré le caractère commercial : car le matériel et le personnel exigent des avances de fonds énormes ; il faut faire des appels incessants à la publicité. Aussi les entrepreneurs de spectacles publics sont-ils commerçants, et tous les actes qui se rattachent à cette entreprise sont-ils commerciaux. Cette expression *spectacles publics* comprend, outre les théâtres, les jardins d'hiver, cafés-concerts, etc.

Il est deux sortes d'entreprises qui méritent une attention spéciale : ce sont les *entreprises de fournitures* et les *entreprises de manufactures*. Le mot *entreprise* a ici un sens particulier, un peu différent de celui que nous lui avons vu jusqu'à présent.

Qu'est-ce qu'une *entreprise de fournitures?* Un propriétaire s'engage à fournir à un établissement sa récolte en vins pendant dix ans. Ce n'est pas là une entreprise de fournitures : il n'y a rien de commercial, pas d'acte de spéculation, mais bien un simple acte d'administration. Il en est de même pour le propriétaire de forêts qui s'oblige à fournir tant de stères de bois à une forge pendant dix ans. C'est un simple engagement de fournir, ce n'est pas une entreprise de fournitures. Pour l'entre-

prise, il faut qu'il y ait spéculation, et la spéculation consiste dans la revente d'objets à acheter pour l'entrepreneur. Il y a une vente qui constitue une chance, parce qu'il y a achat à faire pour fournir à la revente déjà faite. La spéculation a commencé ici par la vente et se liquide par l'achat. C'est précisément l'inverse de ce que nous avons rencontré dans notre 1°.

Quant aux *entreprises de manufactures*, en quoi diffèrent-elles des achats pour revendre? Est-ce que le fabricant n'achète pas les matières premières, pour les revendre ensuite après les avoir travaillées? A cette question, il y a deux réponses : D'abord l'entrepreneur de manufactures se borne quelquefois à fournir la main-d'œuvre. Le propriétaire lui fournit la matière première, qu'il transforme, et qu'il rend en retenant un bénéfice convenu pour la mise en œuvre. Mais c'est là un cas assez rare : en général, il achète la matière première pour la revendre après l'avoir transformée. Cependant on ne dira jamais que cet entrepreneur est un marchand de draps, de rubans, de soieries : c'est qu'il ne se propose pas de faire un bénéfice sur la revente de la chose elle-même, il spécule uniquement sur la main-d'œuvre qui transforme la matière et sur la plus-value qui résulte de la forme nouvelle ainsi donnée à la chose. La matière n'est que l'un des éléments constitutifs de l'objet nouveau. Voilà pourquoi celui dont nous parlons n'est pas appelé *marchand de draps*, mais *fabricant de draps*.

Ces principes une fois posés, on peut résoudre sans peine les difficultés qui se présentent dans la pratique. Le propriétaire d'un vignoble établit un pressoir pour convertir sa récolte en vin, un alambic pour transformer ses vins en eaux-de-vie : il n'y a point là entreprise de manufacture, car il ne spécule pas sur la main-d'œuvre, il s'agit seulement pour lui de tirer parti de ses récoltes. Au contraire, pour celui qui établit une fabrique de sucre de betteraves, il y a entreprise de manufacture. Quelques personnes distinguent s'il achète les betteraves qu'il transforme en sucre ou s'il les produit lui-même : en effet, dans ce dernier cas, il tire tout de sa propriété, comme le pro-

priétaire de vignobles. Mais c'est là une confusion : on confond l'achat pour revendre avec l'entreprise de manufacture, et ce sont deux opérations très-distinctes. Tout se réduit à ceci : Y a-t-il ou n'y a-t-il pas une spéculation sur la main-d'œuvre? Le propriétaire a-t-il fait une avance de fonds pour réaliser un bénéfice, non pas sur la matière première, mais sur sa transformation? Alors il y a ici entreprise de manufacture : car il n'existe aucun rapport entre la valeur de la matière première et celle de l'objet transformé. Il y a donc acte de commerce, lors même que ce propriétaire récolterait toutes les betteraves sur lesquelles il opère.

— Je veux maintenant appeler votre attention sur un cas particulier de compétence réelle, qui me permettra de compléter les explications que je vous ai présentées sur la matière des faillites.

En 1838, on a remplacé l'ancien art. 635 par une disposition nouvelle, qui est ainsi conçue : « Les tribunaux de com-« merce connaîtront de tout ce qui concerne les faillites, con-« formément à ce qui est prescrit au Livre III du présent Code.» C'est, comme on voit, une espèce de renvoi à la loi sur les faillites. Mais il y a ici une règle générale à poser. Le tribunal de commerce sera compétent toutes les fois qu'il s'agira d'une contestation qui s'élèvera, non-seulement dans le cours des opérations de la faillite, mais encore à raison de l'événement de la faillite, et qui devra se décider par l'application des principes particuliers à la situation que crée cet événement. Ainsi, par exemple, supposons que la nullité d'une inscription hypothécaire est demandée. Si c'est par des motifs tirés du droit commun, parce que, je suppose, on prétendrait que les biens ne sont pas situés dans l'arrondissement au bureau des hypothèques duquel l'inscription a été prise, ce sera la juridiction civile qui sera exclusivement compétente. Au contraire, si la nullité est demandée sur ce motif que l'inscription a été prise depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours qui l'ont précédée, et qu'en même temps elle l'a été plus de quinze jours

après l'acte constitutif de l'hypothèque, c'est là une question de faillite, une question qui se rattache à la cause génératrice de la faillite, à la cessation des paiements, et qui doit se décider d'après les règles particulières à cette situation. Le tribunal de commerce sera compétent et seul compétent pour en connaître. De même, lorsque la nullité d'une donation est demandée, il faudra distinguer : si elle est demandée parce que pour l'acte de donation on ne se serait pas conformé aux conditions requises par le Code Napoléon, c'est une question de droit commun, que les tribunaux civils seront seuls compétents pour décider, bien qu'elle soit élevée par les syndics. Si, au contraire, la nullité est demandée par cette raison que la donation aurait été faite depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents, c'est une question de faillite, et le tribunal de commerce est seul compétent pour en connaître. Je crois cette distinction suffisamment comprise, et je passe à la seconde branche de la compétence, à la compétence *personnelle*.

Mais ici se présente tout d'abord une question fondamentale. Y a-t-il bien véritablement une compétence personnelle, c'est-à-dire dérivant de la qualité des personnes, de ce que l'acte émane de commerçants ? On peut en douter, ce semble. En effet, de deux choses l'une : ou bien l'acte en soi est réputé acte de commerce, et alors il est indifférent qu'il émane d'un commerçant ou d'un non-commerçant ; il emporte par lui-même, et abstraction faite de la qualité de son auteur, la compétence du tribunal de commerce ; ou bien, au contraire, l'acte en lui-même est purement civil, et alors il ne cessera pas de l'être quoiqu'il ait été fait par des commerçants. Supposons, par exemple, qu'un commerçant a acheté d'un autre commerçant un immeuble et qu'il se trouve en procès avec lui au sujet de cet achat. Est-ce que le tribunal de commerce sera compétent pour en connaître ? Nullement : car, pour tout ce qui est étranger au commerce, le commerçant est soumis au droit commun. De même, si un commerçant est en procès avec un autre

au sujet d'une succession mobilière ou immobilière qui leur est échue : il n'y a rien là qui se rattache à la qualité de commerçant, et le tribunal de commerce est incompétent à raison de la matière. De même encore, si un commerçant qui a épousé la fille d'un autre commerçant a un procès avec son beau-père au sujet d'une stipulation du contrat de mariage, ce ne sera pas le tribunal de commerce, ce sera le tribunal civil seul qui sera compétent pour en connaître.

Dès lors, ne faut-il pas rayer du Code la compétence personnelle, puisque, si, en soi, l'acte est commercial, il appartient à la compétence réelle, et s'il est civil, il reste tel quoique fait par un commerçant? A ce dilemme, la réponse est qu'il y a des actes qui, sans être commerciaux en eux-mêmes, se rattachent cependant à l'exercice du commerce, et qui, faits par des commerçants, participent à la commercialité de leur profession, dont ils sont, en quelque sorte, des conséquences et des accessoires; en d'autres termes, il y a des actes qui tiennent le milieu entre les actes essentiellement civils et les actes essentiellement commerciaux, et c'est à ces actes, lorsqu'ils sont faits par des commerçants, que s'applique la compétence personnelle, compétence qui, à la différence de la compétence réelle, descend de la personne à l'acte. Supposons, par exemple, qu'un commerçant ait acheté un cheval et une voiture. Si c'est pour son usage personnel, il y a là un acte purement civil; si c'est, au contraire, pour le transport de ses marchandises, il y a là un acte de commerce, bien qu'il n'ait pas fait cet achat pour vendre ou pour louer. Comme il l'a fait pour les besoins de son commerce, en sa qualité de commerçant, cet acte est réputé commercial à raison de la qualité de son auteur, comme étant un accessoire du commerce de celui qui l'a fait. C'est là un cas de compétence personnelle. Il en est de même de tous les cas analogues, qui sont innombrables. En effet, les achats de charbons, de papiers, de bois, etc., faits par un commerçant, offrent le même caractère et sont soumis à la même distinction.

Une autre conséquence de la qualité de commerçant, et qui

rentre aussi dans la compétence personnelle, c'est de faire considérer, jusqu'à preuve contraire, comme étant commerciaux certains actes dont la cause est indéterminée, incertaine. Tels sont les billets souscrits par un commerçant. Jusqu'à preuve contraire, on les supposera souscrits pour son commerce. Le porteur pourra donc assigner le souscripteur *de plano* devant le tribunal de commerce et le faire condamner par corps. Le souscripteur pourra bien demander son renvoi devant la juridiction civile et l'obtenir, mais à la condition de prouver que les billets ont été souscrits pour une cause étrangère à son commerce.

Il y a pour la compétence personnelle, comme pour la compétence réelle, surtout pour la compétence personnelle, des cas particuliers, exceptionnels, où la compétence est tout à fait anormale et que je dois expliquer. Ils sont prévus et régis par l'art. 634.

Le premier de ces cas est celui où une action est intentée contre le commis, le facteur ou le serviteur d'un commerçant, à raison du commerce de son patron. Il faut distinguer trois hypothèses :

1° Si l'action est intentée par un tiers qui a traité avec le commis, elle sera de la compétence du tribunal de commerce : car il ne peut dépendre d'un commerçant de se soustraire à la juridiction de ce tribunal en se substituant un de ses commis.

2° L'action est intentée par le commis contre son patron : là, encore, la compétence du tribunal de commerce est évidente, car c'est comme commerçant que le patron a traité avec le commis, et, dès lors, pour l'exécution des engagements qu'il a pris en cette qualité, il est justiciable du tribunal de commerce ; c'est un accessoire de son commerce.

3° Si c'est le patron qui assigne le commis, il semble qu'il devrait porter son action devant le tribunal civil et non devant le tribunal de commerce : car le commis n'est pas commerçant, et, en louant ses services à un commerçant, il n'a rien fait de commercial en soi ; le contrat de louage de services est pure-

ment civil et ne change pas de nature, parce que celui à qui les services sont loués est commerçant. Cependant, le tribunal de commerce sera compétent pour connaître de cette action. Mais c'est qu'on a étendu sa compétence au-delà de la sphère de la commercialité, par des raisons spéciales, tirées de ce que le tribunal de commerce, composé de commerçants, a paru plus apte que le tribunal civil à apprécier ces sortes de contestations ; de ce que d'ailleurs elles exigent une décision prompte, qu'on ne peut attendre que du tribunal de commerce et non du tribunal civil. Du reste, tout en en connaissant, le tribunal de commerce aura égard à ce qu'il y a véritablement, à l'égard du commis, absence de commercialité et dans sa personne et dans son engagement, et, s'il le condamne, il ne le condamnera pas par corps. Le commis, bien que justiciable du tribunal de commerce pour ses contestations avec son patron, n'est pas contraignable par corps.

Aussi l'art. 634 ne dit-il pas que les engagements d'où dérivent les actions dont il parle sont commerciaux ; il dit seulement que le tribunal de commerce connaîtra de ces actions, encore qu'elles puissent n'avoir rien de commercial dans leur cause.

Cela est surtout évident quand on considère la seconde classe de personnes auxquelles cet article s'applique, savoir : les receveurs, payeurs, percepteurs et autres comptables de deniers publics. En effet, ce ne sont certes pas là des commerçants, et les billets qu'ils souscrivent par suite de leurs fonctions n'ont rien de commercial ; cependant le tribunal de commerce en connaîtra. On a été conduit par des raisons spéciales à étendre ici la compétence du tribunal de commerce hors de sa sphère naturelle, à des personnes et à des actes qui n'ont rien de commercial ; on a cru que c'était le meilleur moyen, en accordant aux porteurs de ces billets les garanties inhérentes à la juridiction commerciale, de donner tout à la fois plus de crédit à ces agents et plus de sécurité au public. C'est uniquement par ces motifs qu'on a soumis à la compétence des tribunaux de commerce les actions dont il s'agit, et, par consé-

quent, ils ne pourront pas prononcer la contrainte par corps contre les souscripteurs.

Avant de passer à une autre disposition, je dois faire remarquer que le premier numéro de l'art. 634 est plus général que ses termes ne sembleraient l'indiquer au premier abord. Les mots *commis, facteurs, préposés*, doivent être pris dans le sens le plus général, et c'est en vertu de cette disposition que, quand il s'élève une contestation entre un directeur de théâtre et un acteur, le directeur assigne l'acteur devant le tribunal de commerce, bien que l'acteur ne soit pas commerçant, et qu'il n'ait pas fait acte de commerce dans l'engagement qu'il a contracté envers le directeur du théâtre auquel il est attaché. Aussi l'acteur ne sera-t-il pas condamné par corps.

Je passe à la troisième branche de la compétence, à la compétence *mixte*, c'est-à-dire qui dérive tout à la fois de la nature de l'acte et de la qualité des personnes. Mais d'abord je dois poser quelques règles générales. La forme *à ordre*, qui rend l'effet négociable, cessible par endossement, en un mot susceptible de circulation, étant une forme essentiellement commerciale, fait présumer la commercialité de l'acte, de l'engagement, et emporte la compétence du tribunal de commerce. Seulement, le signataire, s'il n'est pas commerçant et si l'engagement pour lequel il a souscrit le billet n'est pas commercial en lui-même, pourra, en le prouvant, obtenir son renvoi devant la juridiction civile. Mais il faudra qu'il le demande et qu'il fasse cette preuve. Le tribunal de commerce, ici, est présumé compétent, à raison de la forme de l'acte. Ainsi, par exemple, supposons qu'un étudiant en droit a souscrit un billet à ordre à son tailleur, en paiement de fournitures que le tailleur lui a faites. S'il ne paie pas ce billet à l'échéance, le tailleur pourra l'assigner devant le tribunal de commerce, et si le souscripteur ne se présente pas, s'il fait défaut, le tribunal de commerce le condamnera au paiement. Mais le souscripteur pourra se faire renvoyer devant la juridiction civile, en de-

mandant ce renvoi. Et, il ne faut pas s'y tromper, ce n'est pas là une question, soit quant à la compétence, soit quant à la faculté de la décliner, une question particulière aux billets à ordre ; elle est commune à tous les titres où se trouve la clause *à ordre*, et les art. 636 et 637 le prouvent péremptoirement : car ils décident de même pour les lettres de change qui contiennent des suppositions de lieux, c'est-à-dire pour des titres qui n'ont pas le caractère de lettre de change et ne présentent rien de commercial que la forme dont ils sont revêtus. Les signataires de ces lettres de change pourront être cités devant le tribunal de commerce ; seulement, ils pourront requérir leur renvoi devant la juridiction civile, et ce renvoi devra alors être ordonné.

On le voit donc, la forme de l'acte emporte, quand même le fond serait évidemment civil, compétence du tribunal de commerce, sauf au défendeur à demander son renvoi devant le tribunal civil.

Cela posé, arrivons au cas où la compétence peut être considérée comme mixte. Supposons qu'un propriétaire de vignes a reçu, en paiement du vin qu'il a vendu à un marchand de vins, un billet à ordre souscrit par ce dernier, et qu'il a passé ce billet à l'ordre d'un tiers : le porteur est en droit d'assigner devant le tribunal de commerce le souscripteur et l'endosseur. Le souscripteur ne pourra pas, c'est évident, demander son renvoi devant le tribunal civil, puisque en souscrivant ce billet il a fait un acte relatif à son commerce ; mais l'endosseur, qui, lui, n'est pas commerçant, et n'a rien fait de commercial en endossant ce billet, pourra-t-il demander son renvoi devant la juridiction civile ? Non, il ne le pourra pas. Il sera valablement cité devant le tribunal de commerce, parce que la forme de son engagement est commerciale, et il ne pourra pas décliner la compétence de ce tribunal, parce que sur le titre se trouve la signature d'un commerçant. Et c'est ici le cas de dire que le commerçant attire le non-commerçant devant la juridiction commerciale, parce qu'il ne faut pas que la compétence soit

scindée et que le porteur du billet soit réduit à intenter successivement son action devant deux juridictions différentes. Mais, lors même que le non-commerçant n'aurait pas, comme dans l'espèce, apposé sa signature sur le titre à un moment où s'y trouvait déjà celle d'un commerçant, ce qui a dû l'avertir qu'il ne pourrait pas décliner la juridiction commerciale, lors même, dis-je, qu'il serait le souscripteur du billet, comme dans l'espèce que je citais tout à l'heure d'un billet à ordre souscrit par un simple particulier à son tailleur, si le tailleur négociait ce billet, le porteur, trouvant sur le titre une signature de commerçant, serait en droit de citer tous les signataires devant le tribunal de commerce, et aucun d'eux ne pourrait décliner la compétence de ce tribunal ; seulement, il va de soi que le tribunal ne prononcerait pas la contrainte par corps contre des signataires non commerçants et qui ne se seraient pas engagés pour des faits de commerce. C'est bien là évidemment un cas de compétence mixte, car elle est fondée tout à la fois et sur la forme de l'acte et sur la qualité de l'un des signataires. Quand même le signataire commerçant ne serait ni le souscripteur, ni le bénéficiaire, quand même ce serait simplement un de ceux qui ont reçu le billet de seconde ou de troisième main, la signature de ce commerçant suffirait pour que le tribunal de commerce fût compétent à l'égard des autres signataires.

Il faut aller plus loin encore, et la jurisprudence est fixée en ce sens : lors même que le porteur du billet ne citerait pas le signataire commerçant, ne citerait qu'un ou plusieurs signataires non commerçants, celui-ci ou ceux-ci ne pourraient pas se faire renvoyer devant la juridiction civile, parce qu'ils ont éventuellement accepté la juridiction commerciale, pour le cas où il se trouverait sur le titre une signature de commerçant.

TITRE PREMIER.

DE L'ORGANISATION DES TRIBUNAUX DE COMMERCE (Ch. D.).

La première origine de nos tribunaux de commerce peut être reportée aux célèbres foires de Champagne et de Brie. Un Edit de Philippe de Valois, du 6 août 1349, dispose que « aux *gardes* « *de la foire* appartient la connaissance des cas et contrats adve- « nus ès-dites foires. »

Au XV^e^ siècle, les foires de Champagne furent transférées à Lyon, et avec elles la juridiction particulière applicable aux actes qui y étaient passés. Voici, à cet égard, comment s'exprime Savary, dans son *Dictionnaire du commerce :* « Lorsque « les deux premières foires de Lyon furent établies en 1419, « sous le règne de Charles VI, et ensuite augmentées d'une troi- « sième sous Charles VII en 1443, elles eurent des *gardes con-* « *servateurs*, tels qu'en avaient les foires de Champagne et de « Brie, sur le modèle desquelles cet établissement fut fait, c'est- « à-dire des gardes en commission et non en titre d'office (1). « — Louis XI, ayant ajouté en 1462 une quatrième foire aux « trois autres accordées aux habitants de cette ville par ses pré- « décesseurs, en ôta la garde aux anciens conservateurs et l'at- « tribua au bailli de Mâcon, alors sénéchal de Lyon, ou à son « lieutenant, à la charge néanmoins de juger sommairement, « comme les gardes avaient fait auparavant, et de terminer les « débats sans longs procès ni figure de plaids. » Mais, dès l'année 1464, un nouvel Edit octroya pouvoir « aux conseillers, « bourgeois, manants et habitants de la ville de Lyon, de com-

(1) Quel est l'intérêt de cette distinction? « Toutes sortes d'offices sont « perpétuels, et au contraire toutes sortes de commissions sont révoca- « bles..... Comme la perpétuité introduite aux offices fut cause de réduire « plusieurs offices en commissions afin qu'ils fussent révocables, aussi au « rebours la vénalité qui y fut introduite par après, fit ériger en offices « plusieurs commissions, afin de les rendre perpétuelles et de les pouvoir « vendre » (Loyseau, *Des offices*, liv. IV, ch. V.).

« mettre un prud'homme suffisant et idoine pour régler les con-
« testations qui pourraient arriver entre les marchands fré-
« quentant les foires. »

Il paraît qu'à Marseille il y eut très-anciennement des *juges des marchands*. La même juridiction fut établie, à Toulouse, en 1549.

Enfin, en 1563, sous le règne de Charles IX, le chancelier de l'Hospital fit rendre pour Paris un Edit ainsi conçu :

« Sur la requête et remontrances à nous faites en notre
« Conseil, de la part des marchands de notre bonne ville de
« Paris, et pour le bien public et abréviation de tous procez et
« différends entre marchands, qui doivent négocier ensemble
« de bonne foi, sans être astreints aux subtilités des lois et or-
« donnances, avons :

« Art. 1^er^. Permis et enjoint aux prévost des marchands et
« eschevins de nostre dite ville de Paris, nommer et élire, en
« l'assemblée de cent notables bourgeois de ladite ville, qui seront
« pour ces effets appelez et convoquez trois jours après la pu-
« blication des présentes, cinq membres desdits cent ou autres
« absents, pourvu qu'ils soient natifs et originaires de notre
« royaume, marchands et demeurant en notre dite ville de
« Paris, le premier desquels nous avons nommé *juge des mar-*
« *chands* et les quatre autres *consuls* desdits marchands, qui fe-
« ront le serment devant ledit prévost des marchands, la charge
« desquels cinq ne durera qu'un an, sans que, pour quelque
« cause que ce soit, l'un d'eux puisse être continué..... »

Bientôt la juridiction consulaire fut établie dans toutes les villes commerçantes, et l'Ordonnance de 1673 contient un article ainsi conçu : « Déclarons communs pour tous les siéges des
« juges et consuls l'Edit de leur établissement dans notre bonne
« ville de Paris, du mois de novembre 1563, et tous autres
« Edits et Déclarations touchant la juridiction consulaire, en-
« registrés en nos Cours de parlement » (1).

(1) Titre xu, art. 1^er^.

La Révolution conserva les tribunaux de commerce, elle augmenta même leurs attributions. Le 31 mars 1790, l'Assemblée nationale décrète qu'avant de régler l'organisation du pouvoir judiciaire, un certain nombre de questions seront discutées et décidées; or, parmi ces questions se trouvait notamment celle-ci : *Les mêmes juges connaîtront-ils de toutes les matières, ou divisera-t-on les différents pouvoirs de juridiction pour les causes de commerce, de l'administration, des impôts et de la police?* Dès le 27 mai suivant, un décret est rendu, portant qu'il y aura des tribunaux particuliers pour les affaires de commerce; il paraît que ce décret fut voté par l'Assemblée presque à l'unanimité. Enfin le décret des 16-24 août 1790 *sur l'organisation judiciaire* contient un Titre XII, qui décide notamment que, dans les villes où l'administration départementale le jugera nécessaire, un tribunal particulier connaîtra de toutes les affaires de commerce, tant de terre que de mer sans distinction (1).

La juridiction commerciale, consacrée sans opposition sérieuse par le Code de 1808, ne rencontre guère depuis lors d'adversaires absolus. Y a-t-il en effet de bonnes raisons pour enlever aux tribunaux civils la connaissance des affaires commerciales? Je le crois. Dans la séance du Corps législatif du 14 septembre 1807, l'orateur du Tribunat, M. Gillet, s'exprimait ainsi : « On peut « réduire à quatre les principes essentiels des juridictions com- « merciales : 1° expérience des juges dans les opérations du com- « merce ; 2° simplicité dans les débats entre les parties; 3° procé- « dure expéditive; 4° rapidité dans l'exécution des jugements. » En ce qui concerne la simplicité dans les débats, la procédure expéditive, la rapidité dans l'exécution des jugements, on pourrait peut-être avoir tout cela, même en laissant aux tribunaux ordinaires la compétence en matière commerciale; mais alors on ne trouverait pas chez les juges une certaine expérience, une certaine connaissance, qui paraît être véritablement indispensable ici pour une bonne administration de la justice. « La juridiction

(1) Voy. aussi le décret du 19 vendémiaire an IV, art. 15.

« commerciale, dit très-bien M. Paringault (1), offre dans sa spé-
« cialité des avantages incontestables. Les livres et l'étude ne
« peuvent pas suppléer la connaissance des traditions, de la
« langue et des habitudes du commerce. Dans les questions de
« dol ou de fraude, dans les affaires de faillite, les magistrats
« consulaires apportent des connaissances techniques et prati-
« ques qu'on ne trouverait pas chez les légistes les plus con-
« sommés. Les juges-consuls connaissent le mécanisme des
« écritures commerciales et leurs obscurités ; ils ont surtout,
« par eux-mêmes ou par leurs intermédiaires, une connais-
« sance des hommes et de la place qui manque presque tou-
« jours aux magistrats ordinaires, et dans nombre de cas l'ap-
« préciation de la moralité est décisive pour l'issue du procès
« quand il s'agit de faits de commerce. » On peut ajouter, avec M. Bravard (2), que les juges, étant commerçants, auront par là même plus de facilité pour parvenir à concilier les commerçants entre lesquels il existe une contestation.

Il faut donc reconnaître qu'il est utile de faire juger par des commerçants les affaires commerciales. Mais la raison peut-elle admettre que des commerçants soient abandonnés à eux-mêmes pour interpréter une loi souvent obscure, pour résoudre des questions dont la solution tient d'une manière plus ou moins directe aux principes généraux du droit? Non. Il ne faut demander aux hommes que ce qu'ils peuvent donner ; or, le commerçant le plus honnête, le plus habile, le plus expérimenté, ne peut pas avoir certaines connaissances qui sont aussi indispensables pour la bonne solution de maintes questions de droit commercial que pour la bonne solution des questions de droit civil. « Dans l'état actuel de la science et des besoins de
« la pratique, dit encore M. Paringault (3), on doit s'éton-
« ner qu'il n'y ait pas infusion officielle de l'élément juridique

(1) *Revue pratique de droit français*, t. VIII, p. 433 et suiv. M. Paringault est aujourd'hui professeur à la Faculté de droit de Nancy.

(2) Ci-dessus, p. 221.

(3) *Loc. cit.*

« dans les tribunaux de commerce. Je parle d'une infusion *offi-*
« *cielle :* car, en fait, la nécessité a presque toujours contraint
« les juges de commerce à prendre ailleurs l'élément qui leur
« manquait chez eux..... Henrys écrivait : « *Les juges-consuls,*
« *ne sachant ni les règles ni les formalités, sont obligés à toute*
« *occurrence de recourir au conseil et de chercher autant de fois*
« *d'assesseurs qu'il y a de règlements à faire dans la cause.* Il di-
« sait encore : *Lorsque le moindre doute se présente, ils ne font que*
« *prêter leur nom, et ce sont les avocats qui sont juges.* A Mar-
« seille, lorsque dans une cause de marchand à marchand il se
« présentait des questions de droit, les juges-consuls appe-
« laient des gradués pour les éclairer... »

Aujourd'hui le tribunal de commerce de la Seine, dès qu'il se trouve en présence d'une question un peu compliquée, renvoie les parties devant un arbitre rapporteur, qui bien souvent est avocat. L'arbitre, pour faire son rapport, a besoin d'un délai, qui peut aller à un an ; il a droit à des honoraires, qui peuvent monter à 500 francs. Que deviennent alors, je le demande, ces deux avantages de la juridiction commerciale, la prompte terminaison des procès et le peu d'élévation des frais?

En somme, s'il importe de conserver une juridiction commerciale, cependant l'état de choses qui en fait existe aujourd'hui appelle impérieusement une réforme législative. En quoi devra consister précisément cette réforme? Que devra faire le législateur pour amener les tribunaux de commerce à rendre tous les services qu'on peut attendre de cette institution? Il y a là une difficulté véritable, et la question a encore besoin d'être très-sérieusement étudiée. Je veux seulement donner un aperçu des deux systèmes principaux qui ont été proposés dans ces derniers temps.

D'après M. Paringault (1), il faut que les magistrats consulaires trouvent à côté d'eux et chez eux les secours juridiques dont ils ont besoin à tout moment; c'est comme auxiliaire du

(1) *Revue pratique, loc. cit.*

tribunal de commerce qu'il paraît utile d'y faire entrer le représentant de la loi. La manière la plus naturelle de l'y introduire, c'est de l'appeler au même titre et sous la même forme que dans les autres juridictions : il s'agit donc de confier cette fonction à un officier du ministère public. Anciennement, les juridictions consulaires de Montpellier et de Toulouse avaient déjà, sous le nom de *syndic*, un véritable officier du ministère public, qui devait être élu dans le nombre des avocats; à Lyon, près des conservateurs des priviléges des foires, on trouve, de temps immémorial, parmi les officiers du siége, un procureur du roi, gradué. Lors de la rédaction du Code de commerce, la Commission avait proposé l'établissement, près de chaque tribunal de commerce, d'un commissaire du Gouvernement; cette proposition, approuvée par la plupart des Cours et des tribunaux, s'évanouit, on ne sait trop pourquoi, au Conseil d'Etat (1). — Un point sur lequel on peut hésiter, c'est de savoir où serait pris l'officier du ministère public exerçant près du tribunal de commerce. Le plus simple est d'admettre, avec M. Paringault, que les fonctions dont il s'agit seraient remplies par les procureurs impériaux et par leurs substituts; on pourrait seulement, à Paris et dans quelques grandes villes, créer un substitut supplémentaire, pour venir en aide au procureur impérial.

(1) Dans les discussions qui ont précédé la loi du 3 mars 1840, il fut encore question d'établir un ministère public près des tribunaux de commerce. Mais, ainsi que le remarque M. Duvergier (*Collection complète des lois, décrets*, etc., t. 40, p. 20), la proposition dont il s'agit fut rejetée comme tendant à changer le caractère de cette juridiction toute conciliatrice, toute d'équité et de conscience : on craignit l'influence que ne manquerait pas d'avoir sur le tribunal le magistrat chargé de fonctions semblables. Ce sont là, du moins, les raisons que l'on a données; et ces raisons n'ont évidemment aucune valeur, puisqu'elles reposent sur l'idée inadmissible que les juges consulaires n'ont pas besoin de connaître les règles du droit. « La « vraie raison, peut-être, dit M. Duvergier, a été la crainte de froisser la « susceptibilité des juges de commerce. »

M. Nouguier (*Des tribunaux de commerce*, t. Ier, p. 175 à 200) développe l'idée qu'il y a nécessité d'introduire un officier du ministère public auprès des tribunaux de commerce. En sens inverse, voy. M. Bédarride (*De la juridiction commerciale*, n. 83-89).

Un autre système a été proposé par M. Ferd. Jacques (1). Comme M. Paringault, M. Jacques part de l'idée que la magistrature consulaire est, en général, insuffisante quand il s'agit de juger une de ces questions difficiles que suscite le droit commercial : comme M. Paringault, il reconnaît la nécessité d'introduire dans les tribunaux de commerce un élément juridique. Mais M. Jacques conclut à l'institution de tribunaux mixtes, dans lesquels l'élément commercial et l'élément judiciaire se trouveraient également représentés : « La partie stable, dit M. Jacques, représentera la loi; la partie variable, le commerce. Le magistrat inamovible doit naturellement avoir la direction; les magistrats mobiles sont juges ou assesseurs, rôle suffisamment honorable pour être encore ambitionné par beaucoup de négociants. »

En résumé, le mal auquel il s'agit de remédier, c'est-à-dire l'absence de connaissances juridiques chez les juges de commerce, ce mal est très-grave. Le remède le plus énergique est donc le meilleur. Voilà pourquoi je préférerais le système de M. Jacques. Espérons que le pouvoir législatif sera bientôt saisi de la question : peut-être, en l'étudiant, trouvera-t-on quelque combinaison nouvelle, complétement exempte d'inconvénients.

Après ces observations générales, occupons-nous en détail des dispositions de la loi actuelle. Ces dispositions peuvent être ramenées aux six questions suivantes :

I. A qui appartient-il d'établir des tribunaux de commerce, et quel est le ressort de chacun de ces tribunaux ?

II. De quels magistrats est composé chaque tribunal de commerce ?

III. Comment sont nommés les membres des tribunaux de commerce?

(1) *Revue pratique*, t. IX, p. 7 et suiv. M. Jacques est aujourd'hui président du tribunal civil d'Orange (Vaucluse).

IV. Quels sont les officiers établis près des tribunaux de commerce?

V. Quelles sont les règles particulières qui se rattachent à la discipline, à la manière dont doivent être rendus les jugements, etc.?

VI. Comment sont jugées les affaires commerciales, dans les arrondissements où il n'existe pas de tribunal de commerce?

Reprenons successivement les six questions qui viennent d'être posées.

I. L'établissement dans telle ou telle localité d'un tribunal de commerce, comme l'établissement de tout autre tribunal, rentre certainement dans les attributions du pouvoir législatif. Du reste, le législateur peut très-bien en cette matière accorder une délégation au pouvoir exécutif. Cette délégation se comprend d'autant mieux que, comme le dit l'*Exposé de motifs* fait dans la séance du Corps législatif du 4 septembre 1807, « le chef de l'Etat peut seul bien juger des besoins des locali-« tés. » Ajoutez qu'une assemblée législative peut en général employer son temps à des objets plus importants que la question de savoir si telle ville aura ou n'aura pas un tribunal de commerce. Nous trouvons, en conséquence, dans le Code de commerce, un art. 615, ainsi conçu : « Un règlement d'adminis-« tration publique déterminera le nombre des tribunaux de « commerce, et les villes qui seront susceptibles d'en recevoir « par l'étendue de leur commerce et de leur industrie. »

On appelle *règlement d'administration publique* un décret impérial qui doit être précédé d'une délibération du Conseil d'État. — Celui qu'annonçait le Code de commerce a été rendu, à Schœnbrünn, le 6 octobre 1809. Du reste, depuis ce décret, des tribunaux de commerce ont encore été accordés à certaines villes : Elbeuf, par exemple, n'a obtenu un tribunal de commerce qu'en 1829, et Roanne qu'en 1835. Avant le décret de 1809, soixante-quatorze villes seulement possédaient une juridiction consulaire spéciale; cette juridiction existe aujourd'hui dans plus de deux cents villes.

Si la loi a confié au pouvoir exécutif le soin d'établir un tribunal de commerce là où il le jugerait convenable, elle ne lui a pas confié, du moins en général, le soin de déterminer le ressort ou l'arrondissement de chaque tribunal de commerce : c'est la loi elle-même qui, pour la plupart des cas, a déterminé ce ressort. « L'arrondissement de chaque tribunal de commerce, « dit l'art. 616, sera le même que celui du tribunal civil dans « le ressort duquel il sera placé ; et, s'il se trouve plusieurs tri- « bunaux de commerce dans le ressort d'un seul tribunal civil, « il leur sera assigné des arrondissements particuliers. » Ainsi, lorsqu'un règlement d'administration publique crée un tribunal de commerce dans une ville, que cette ville soit ou non celle où siége le tribunal civil, en principe le tribunal de commerce ainsi créé se trouve de plein droit avoir le même ressort que le tribunal civil ; seulement, si dans l'arrondissement il existait déjà un tribunal de commerce, le règlement d'administration publique devrait désigner le canton ou les cantons dont se composera le ressort du nouveau tribunal (1).

Nous verrons un peu plus loin par qui sont jugées les affaires commerciales dans les arrondissements où il n'existe aucun tribunal de commerce (2).

II. Comme il appartient au législateur d'établir les tribunaux, il lui appartient de même de régler la composition de chaque tribunal, de déterminer le nombre de ses membres. Du reste, ici encore le législateur a jugé utile de laisser une certaine latitude au chef de l'Etat. Le législateur pose en principe que, dans tout tribunal de commerce, il doit y avoir un président,

(1) La loi des 16-24 août 1790 n'avait pas prévu le cas où il y aurait lieu d'établir plusieurs tribunaux de commerce dans un seul et même district. Elle contenait seulement la disposition suivante : « Les juges de commerce « établis dans une des villes d'un district connaîtront des affaires de com- « merce dans toute l'étendue du district » (Titre XII, art. 12).

(2) C'est l'objet de l'art. 640, que les rédacteurs du Code ont placé mal à propos dans le Titre *De la compétence des tribunaux de commerce.*

des juges et des suppléants; de plus, il fixe un maximum et un minimum en ce qui concerne le nombre des juges. Maintenant, dans chaque tribunal, quel sera précisément le nombre des juges? quel sera le nombre des suppléants? Le législateur confie au règlement d'administration publique qui établira le tribunal de commerce le soin de décider en même temps cette double question.

En ce qui concerne la composition des tribunaux de commerce, le système du Code diffère en plusieurs points du système de la loi des 16-24 août 1790. D'après cette loi (Titre XII, art. 6), chaque tribunal de commerce devait être composé de cinq juges. On avait eu tort de fixer ainsi un chiffre uniforme. Pour certaines localités, ce chiffre était trop considérable; pour d'autres, au contraire, il était trop faible eu égard à ce qu'exigeait une bonne administration de la justice. Dans ces dernières localités, il avait fallu instituer des juges-suppléants, bien que la loi de 1790 n'en dît pas un mot dans le Titre consacré aux juges en matière de commerce (1). D'après le Code de 1807, il y a des suppléants dans chaque tribunal de commerce. Du reste, il faut reconnaître qu'à tous égards, la disposition de ce Code est préférable à celle de la loi de 1790. « Chaque tribunal de commerce, « dit l'art. 617, sera composé d'un juge-président, de juges et de « suppléants. Le nombre des juges ne pourra pas être au-dessous de deux ni au-dessus de huit, non compris le président. « Le nombre des suppléants sera proportionné au besoin du « service. Le règlement d'administration publique fixera, pour

(1) Décret des 10-16 juillet 1792 :

« L'Assemblée nationale,

« Considérant que plusieurs tribunaux de commerce se trouvent journellement dans l'impossibilité de remplir l'objet de leur établissement, par « les cas d'absence ou récusation de plusieurs juges, le décret des 16-24 « août 1790, relatif à leur formation, ne les ayant pas autorisés à se nommer des suppléants,

« Décrète que, dans toutes les villes du royaume où il y a des tribunaux « de commerce, il pourra être nommé quatre suppléants, en se conformant, pour leur nomination, aux formalités prescrites pour l'élection des « juges desdits tribunaux de commerce. »

« chaque tribunal, le nombre des juges et celui des suppléants. »

Sur cet art. 617, il me reste à faire deux observations :

La première, c'est que l'expérience a montré que le nombre de juges établi comme maximum en 1807 pouvait quelquefois se trouver trop faible. En 1838, le Gouvernement demandait que, pour le tribunal de commerce de la Seine, le nombre des juges fût porté à douze; la Commission de la Chambre des Députés généralisa cette disposition, de manière à permettre au Gouvernement d'élever même à quatorze le nombre des juges partout où l'exigeraient les besoins du service. En conséquence, le maximum fixé par l'art. 617 n'est plus aujourd'hui de huit; il est de quatorze, en vertu de l'art. 5 de la loi du 3 mars 1840. — Le texte primitif de l'art. 617 a été modifié, sous un autre rapport, par la même disposition de la loi de 1840. La dernière phrase de ce texte primitif commençait ainsi : « Le règlement « d'administration publique fixera..... » On pouvait en conclure que le règlement d'administration publique qui établissait dans telle ville un tribunal de commerce devait, une fois pour toutes et d'une manière irrévocable, fixer le nombre des juges et le nombre des suppléants qui composeraient ce tribunal. Or cela n'était véritablement pas raisonnable : en dix ou vingt ans, l'importance commerciale d'une localité peut changer complétement, et il est nécessaire que le nombre des membres du tribunal soit mis en rapport avec ce changement. Aussi, d'après l'observation faite en ce sens par M. Renouard, la dernière phrase de l'art. 617 commence-t-elle aujourd'hui ainsi : « Un « règlement d'administration publique fixera..... »

L'art. 617 indique la composition normale des tribunaux de commerce. Mais, indépendamment des juges et des suppléants proprement dits dont parle cet article, nous verrons qu'en cas de besoin de simples négociants peuvent accidentellement être appelés à faire fonctions de juges (1).

(1) Ceci se réfère à la disposition contenue dans l'art. 4 du règlemen d'administration publique en date du 6 octobre 1809.

III. On peut dire que la magistrature consulaire a toujours été élective. Nous savons, relativement aux foires de Lyon, qu'un Edit de 1462 avait confié la conservation des foires au sénéchal de Lyon (1); mais deux ans à peine s'étaient écoulés lorsqu'un nouvel Edit vint octroyer *pouvoir aux conseillers, bourgeois, manants et habitants la ville de Lyon, de commettre un prud'homme suffisant et idoine pour régler les contestations qui pourraient arriver entre les marchands fréquentant les foires.* L'Edit de 1563, qui établit à Paris les juges-consuls, portait, dans son art. 1^er^, que ces juges-consuls, pour la première fois, seraient élus dans une assemblée de cent notables bourgeois désignés par le prévôt des marchands et par les échevins (2); et, relativement aux élections subséquentes, l'art. 2 du même Edit contenait les dispositions remarquables que voici : « Ordonnons et « permettons auxdits cinq juge et consuls d'assembler et ap- « peler, trois jours avant la fin de leur année, jusqu'au nombre « de soixante marchands, bourgeois de ladite ville, qui en éli- « ront trente d'entre eux, lesquels, sans partir du lieu et sans « discontinuer, procéderont, avec lesdits juge et consuls, en « l'instant et le jour même, à peine de nullité, à l'élection de « cinq nouveaux juge et consuls des marchands, qui feront le « serment devant les anciens, et sera la forme susdite gar- « dée et observée dorénavant en l'élection desdits juge et con- « suls.... »

Lors de la Révolution, ces dispositions étaient applicables à toutes les juridictions consulaires établies en France, conformément à la règle posée dans l'Ordonnance de 1673 (Titre XII, art. 1^er^).

La loi des 16-24 août 1790, qui rendit élective la magistrature ordinaire elle-même (3), n'eut garde de supprimer l'élection comme mode de recrutement des tribunaux consulaires. Loin de là, elle élargit jusqu'à l'abus le cercle des électeurs : « Les

(1) Voy. ci-dessus, p. 241.
(2) Ci-dessus, p. 242.
(3) Titre II, art. 3 : « Les juges seront élus par les justiciables. »

« juges de commerce, dit-elle (Titre XII, art. 7), seront élus « dans l'assemblée des négociants, banquiers, marchands, ma- « nufacturiers, armateurs et capitaines de navire, de la ville où « le tribunal sera établi. » Ainsi, dans ce système, la qualité de commerçant suffit pour conférer le droit de faire partie de l'assemblée et d'y donner son suffrage; de plus, l'assemblée élit directement les juges, tandis qu'autrefois l'élection était à deux degrés.

L'article suivant ajoute que « cette assemblée sera con- « voquée, huit jours en avant, par affiches et à cri pu- « blic, par les juges-consuls en exercice, dans les lieux où ils « sont actuellement établis; et, pour la première fois, par les « officiers municipaux, dans les lieux où il sera fait un établis- « sement nouveau. »

La Constitution de l'an VIII ne contenait aucune disposition spéciale sur les juridictions consulaires. Les dispositions de la loi de 1790 sont restées en vigueur jusqu'à la promulgation du Code de commerce.

La Commission chargée de rédiger un projet de Code de commerce avait d'abord maintenu le système de 1790. Son projet primitif contenait un article ainsi conçu : « Les membres des « tribunaux de commerce seront élus par les commerçants do- « miciliés et résidant dans l'arrondissement. » Mais, dans son projet corrigé, elle abandonne le système dont il s'agit, et voici comment elle explique elle-même ce changement : « Dans les « grandes villes de commerce, dit-elle, et même dans les villes « du second et du troisième ordre, on ne peut réunir tous les « commerçants pour l'élection des juges. — Des juges ne peu- « vent être bien choisis que par ceux qui ont le plus d'intérêt « à ce que cette fonction ne soit confiée qu'à des hommes capa- « bles de la bien remplir. — La profession de commerçant, « dans le sens absolu de l'expression, comprend tous ceux qui « font le commerce, depuis le marchand en détail jusqu'à l'ar- « mateur ou au banquier le plus considérable. Les rapports qui « existent entre ces différentes classes de commerçants ne sont

« que relatifs (1). En les appelant tous, soit dans un même lieu, « soit dans différentes assemblées, il peut en résulter une grande « confusion ou une grande indifférence. Ce double inconvénient « doit paraître assez sensible : l'expérience ne l'a que trop « prouvé dans le système des élections » (2).

La Commission arriva donc à proposer les deux articles suivants, qui sont devenus les art. 618 et 619 du Code de commerce : « Les membres des tribunaux de commerce seront élus « dans une assemblée composée de commerçants notables, et « principalement des chefs des maisons les plus anciennes et « les plus recommandables par la probité, l'esprit d'ordre et « d'économie. — La liste des notables sera dressée, sur tous les « commerçants de l'arrondissement, par le préfet, et approuvée « par le Ministre de l'intérieur. Leur nombre ne peut être au- « dessous de vingt-cinq, dans les villes où la population n'ex- « cède pas 15,000 âmes; dans les autres villes, il doit être aug- « menté, à raison d'un électeur pour 1,000 âmes de popula- « tion. »

Ce système du Code de commerce se rapproche, jusqu'à un certain point, de celui que nous avons vu consacré dans l'art. 2 de l'Edit de 1563. Seulement, tandis que d'après l'Edit c'étaient les juge et consuls actuellement en exercice qui assemblaient et appelaient soixante marchands, le Code de commerce confie au préfet le soin de former la liste des notables. Il me paraît impossible de justifier ce changement consacré par le législateur de 1807 : évidemment le tribunal de commerce, sous tous les rapports, est plus apte que le préfet à dresser convenable-

(1) Des *rapports* qui ne sont que *relatifs!* La Commission veut sans doute dire qu'un commerçant n'est pas en rapport avec tous les commerçants du même arrondissement.

(2) En voyant comment la Commission cherche à expliquer l'abandon du système de 1790, on se rappelle involontairement un passage bien connu des Institutes de Justinien : *Cùm auctus esset populus romanus in eum modum ut difficile esset in unum eum convocari legis sanciendæ causâ, æquum visum est senatum vice populi consuli* (§ 5 *De jure natur., gent. et civ.*).

ment la liste des commerçants notables de l'arrondissement. Sans doute, aux termes de l'art. 619, la liste dressée par le préfet doit être approuvée par le Ministre (1), d'où l'on conclut avec raison que le commerçant qui croit avoir été omis mal à propos par le préfet peut se pourvoir auprès du Ministre ; mais est-il possible que le Ministre lui-même possède les éléments nécessaires pour contrôler efficacement et sérieusement les motifs qui ont dicté les choix du préfet?

Lors des délibérations qui précédèrent le vote de la loi du 3 mars 1840, la Chambre des Pairs proposait de modifier en deux points la disposition de l'art. 619. Elle voulait d'abord que, dans les villes dont la population n'excède pas 15,000 âmes, le minimum du nombre des notables fût porté de vingt-cinq à quarante ; elle voulait, de plus, que le préfet fût tenu de consulter préalablement la chambre et le tribunal de commerce, ainsi que le maire de la ville où siége ce tribunal. Mais la Chambre des députés rejeta les deux modifications dont il s'agit. « Il nous suffira de faire remarquer, disait à ce sujet le Ministre « de la justice, que le régime du Code de commerce, qui, comme « on l'a dit précédemment, a vécu pendant plus de trente ans « sans réclamation importante, et qui a doté le pays de ma- « gistrats consulaires dignes de leur haute mission, n'exigeait « pas impérieusement les deux modifications qu'on voulait y « introduire. On a paru craindre, d'ailleurs, quant à l'extension « de la notabilité commerciale, que, dans les villes au-dessous « de 15,000 âmes, il fût souvent difficile de former une liste de « quarante électeurs. Quant à l'obligation de consulter les au- « torités locales pour la formation de cette liste, il n'était pas « indispensable de la formuler en article de loi : car, sous l'em- « pire de la législation actuelle, les préfets, sur qui pèse la res- « ponsabilité de la désignation, ont toujours compris que le

(1) L'art. 619 parle du Ministre de l'intérieur ; mais l'approbation dont il s'agit est donnée aujourd'hui par le Ministre du commerce. L'Ordonnance royale du 6 avril 1834, dans son art. 2, range parmi les attributions du ministère du commerce *la confection des listes des commerçants notables.*

« concours des représentants légaux du commerce leur était « nécessaire » (1).

La liste des commerçants notables, une fois dressée par le préfet et approuvée par le Ministre, ne peut plus être critiquée par personne. Il est arrivé plusieurs fois que des tribunaux de commerce ont blâmé le mode employé par l'autorité administrative pour la confection de la liste dont il s'agit; mais leur délibération, en cas pareil, a toujours été annulée et devait l'être (2).

Remarquons-le bien, du reste, c'est seulement quand il s'agit d'apprécier la notabilité des commerçants que le préfet a un pouvoir discrétionnaire. Il y a des individus qui sont légalement incapables et que le préfet, même avec l'approbation du Ministre, n'a nullement le droit de faire figurer sur la liste. Procéder à l'élection des membres du tribunal de commerce, c'est certainement exercer un droit politique : donc la liste des notables ne peut contenir que les noms de personnes qui ont la jouissance et l'exercice des droits attachés à la qualité de citoyen : le préfet ne pourrait pas y faire figurer une femme, un mineur, un failli non réhabilité, un étranger non naturalisé (lors même qu'il aurait été admis à établir son domicile en France, aux termes de l'art. 13 du Code Napoléon), etc. Cette doctrine me paraît incontestable; et je n'ai même pas besoin de tirer argument de ce que la loi décide relativement aux personnes capables ou incapables de concourir à l'élection des prud'hommes (3).

Pour pouvoir figurer sur la liste des notables, il faut être commerçant au moment où la liste est dressée : il ne suffirait

(1) Locré, *Esprit du Code de commerce*, t. VIII, p. 60, disait déjà : « Il « n'est sans doute pas de préfet qui, pour former la liste, ne consulte le « tribunal de commerce, et ce tribunal peut aussi adresser des observa- « tions au préfet et au Ministre. »

(2) Voy. notamment l'arrêt de la Chambre des Requêtes, du 16 janvier 1844, annulant une délibération prise par cinq membres du tribunal de commerce d'Angers (Dev.-Car., 44, 1, 351).

(3) Voy. ci-dessus, p. 194 et p. 199, note 3.

pas d'avoir autrefois exercé le commerce. Cela résulte clairement du texte de nos art. 618 et 619. Mais on s'est demandé si les agents de change et les courtiers sont réellement des commerçants, si par conséquent ils peuvent être portés sur la liste. La raison de douter, c'est que les agents de change et les courtiers sont des fonctionnaires publics, à qui la loi défend même expressément de faire, en aucun cas et sous aucun prétexte, des opérations de commerce ou de banque pour leur compte (1). Certains auteurs en concluent que les agents de change et les courtiers ne sont pas commerçants, et qu'ainsi leur manque la qualité essentielle pour pouvoir prendre part à l'élection des membres du tribunal de commerce (2). Je crois, au contraire, que les agents de change et les courtiers, faisant leur profession habituelle d'actes de commerce (qu'ils concluent, à la vérité, non pour leur propre compte, mais pour le compte de leurs clients, comme les commissionnaires), sont par cela même commerçants; et j'en vois la preuve certaine dans ce fait qu'ils peuvent être déclarés en faillite, lors même qu'ils n'auraient fait aucune opération commerciale pour leur compte personnel (3). Il faut donc reconnaître, et c'est aussi l'opinion la plus générale, que les agents de change et les courtiers sont de véritables commerçants, et qu'ils peuvent parfaitement figurer sur la liste des notables dressée en exécution de notre art. 619.

Le système qui vient d'être exposé, d'après lequel les membres du tribunal de commerce sont élus par un certain nombre de commerçants que désigne l'administration, ce système a été changé en 1848. On est revenu à peu près, en 1848, au système de la loi de 1790. Aux termes du décret du 28 août 1848, l'art. 618 du Code de commerce contenait d'abord la disposition suivante : « Les membres des tribunaux de commerce se-

(1) Voy. l'art. 85 du Code de commerce.

(2) Voy., en ce sens, MM. Bioche et Goujet, *Dict. de procédure*, v° *Agents de change*, § 1, n° 5.

(3) Voy. l'art. 89 du Code de commerce, et, ci-dessus, p. 80 et suiv.

« ront élus par une assemblée composée des citoyens français, « commerçants patentés depuis cinq ans, des capitaines au long « cours et des maîtres au cabotage ayant commandé des bâti- « ments pendant cinq ans, et domiciliés depuis deux ans au « moins dans le ressort du tribunal. » L'article énumérait ensuite certains individus qu'il déclarait incapables de participer à l'élection. Quant au nouvel art. 619, il portait, en premier lieu, que tous les ans la liste des électeurs du ressort de chaque tribunal serait dressée pour chaque commune par le maire, dans la première quinzaine du mois de septembre; puis il indiquait comment la liste serait publiée, comment elle pourrait être rectifiée.

Je n'entrerai pas dans l'examen des questions auxquelles ces dispositions ont donné lieu dans la pratique. Aujourd'hui, en vertu d'un décret du 2 mars 1852, nous sommes revenus au régime qui était en vigueur avant 1848. Voici les motifs écrits en tête du décret : « Le mode d'élection des juges des tribunaux de commerce, établi par la loi du 28 août 1848 a fait naître de sérieuses difficultés, qui ont souvent empêché ou au moins retardé le renouvellement de ces tribunaux; — Loin d'accroître le nombre des votants, il l'a réduit dans de si étroites limites que, dans certaines localités, il ne s'est pas présenté assez d'électeurs pour composer le bureau électoral, et que, dans d'autres, les juges élus ont refusé un mandat dont ils ne se trouvaient pas suffisamment investis; —Des intérêts étrangers à ceux de la justice et du commerce n'ont que trop souvent dicté les choix d'une faible minorité d'électeurs... »

Dans une circulaire ministérielle, adressée aux préfets le 19 mars 1852, nous trouvons des détails intéressants en ce qui concerne la formation de la liste des notables. D'après cette circulaire, « on ne saurait investir ni des droits d'électeurs ni de la qualité d'éligibles les Français que des Gouvernements étrangers se sont attachés en qualité d'agents consulaires : les titulaires de ces fonctions, quelque honorables qu'elles soient, se trouvent placés dans une situation particulière, en tant que

chargés de représenter et de défendre des intérêts qui peuvent être en opposition avec ceux de notre commerce. »

— Dans le système du Code de commerce de 1807, les notables portés sur la liste que le préfet dresse en exécution de l'art. 619 avaient exclusivement pour fonction d'élire les membres du tribunal de commerce; l'ordre dans lequel ils étaient inscrits sur cette liste n'avait aucune importance pratique. Peu de temps après la promulgation du Code, une modification considérable fut apportée à cet état de choses. En effet, le règlement d'administration publique du 6 octobre 1809 contient un art. 4, ainsi conçu : « Lorsque, par des récusations et des em-« pêchements, il ne restera pas dans les tribunaux de commerce « un nombre suffisant de juges ou de suppléants, ces tribunaux « seront complétés par des négociants pris sur la liste formée « en vertu de l'art. 619 du Code de commerce et suivant l'or-« dre dans lequel ils y sont portés, s'ils ont d'ailleurs les qua-« lités énoncées en l'art. 620 de la même loi. » — Cette disposition, remplacée en 1848 par une disposition nouvelle (1), a été expressément rétablie par le décret du 2 mars 1852 (art. 2) : elle est donc en vigueur aujourd'hui.

Aucun jugement du tribunal de commerce ne peut être rendu, si ce n'est par trois juges au moins : l'art. 4 du décret de 1809 s'applique lorsque ce nombre de trois ne peut être fourni par les titulaires ni même par les suppléants, conformément à l'art. 626 du Code de commerce. Il doit y avoir empêchement des autres titulaires et des suppléants ; et, de même, en cas d'empêchement du négociant porté le premier sur la liste, celui qui est porté le second serait valablement appelé. La loi ne paraît pas exiger que le jugement constate expressément l'empêchement des autres titulaires, des suppléants, du négociant porté le premier sur la liste des notables (2).

Dans les tribunaux civils, en cas d'empêchement d'un juge,

(1) Voy. la loi du 28 août 1848, art. 2.

(2) Voy. l'arrêt de la Cour de cassation (ch. civile) du 22 juillet 1850 (Dev.-Car., 51, 1, 62).

on appelle pour le remplacer, à défaut de suppléants, un avocat ou un avoué, en suivant l'ordre du tableau ; mais le jugement rendu par un juge et par deux avocats serait nul (1). Faut-il dire, de même, que le jugement d'un tribunal de commerce serait nul s'il avait été rendu par un seul juge et par deux négociants portés sur la liste des notables ? La question est diversement résolue dans la pratique. Je ne vois aucune bonne raison pour ajouter au texte de l'art. 4 du décret de 1809, et je déciderais en conséquence qu'il n'est pas nécessaire que les membres du tribunal de commerce soient ici en majorité (2).

— Revenons maintenant à l'élection des membres du tribunal de commerce. Comme nous allons le voir, les prescriptions de la loi ne sont pas absolument les mêmes en ce qui concerne le président et en ce qui concerne les juges.

D'abord, aux termes de l'art. 620, « tout commerçant pourra « être nommé juge ou suppléant, s'il est âgé de trente ans, s'il « exerce le commerce avec honneur et distinction depuis cinq « ans. Le président devra être âgé de quarante ans, et ne pourra « être choisi que parmi les anciens juges.... » (3).

Ainsi, les conditions de l'éligibilité sont différentes, suivant qu'il s'agit des fonctions de juge (titulaire ou suppléant) ou des fonctions de président : 1° en ce que, pour être juge il suffit d'avoir trente ans, tandis que pour être président il faut en avoir quarante ; 2° en ce que, pour être juge il faut exercer le commerce avec honneur et distinction depuis cinq ans, tandis que pour être président il faut avoir été juge. — Il semble bien résulter du texte même de l'art. 620 que celui qui est nommé juge doit être *actuellement* commerçant (4), tandis que cela n'est

(1) Voy. l'art. 49 du règlement du 30 mars 1808.

(2) Voy., en ce sens, un arrêt de la Cour de Besançon, du 4 août 1857 (Dev.-Car., 59, 2, 167). Nous retrouverons la question, en expliquant l'art. 626.

(3) L'art. 620 se termine par cette disposition transitoire, devenue aujourd'hui inapplicable : « *Y compris ceux qui ont exercé dans les tribunaux « actuels, et même les anciens juges-consuls des marchands.* »

(4) « *Tout commerçant*, dit l'article, pourra être nommé juge... » Dans

pas indispensable pour celui qui est nommé président. Cependant un Avis du Conseil d'Etat, du 26 janvier 1808 (approuvé le 2 février), a interprété autrement la disposition qui nous occupe :

« Le Conseil d'Etat,...

« Considérant d'abord qu'il ne peut y avoir de difficulté sérieuse à l'égard du président, la loi n'obligeant qu'à le prendre parmi les anciens juges, ce qui emporte bien la condition d'avoir exercé le commerce pendant plus de cinq ans, puisqu'il n'a pu être antérieurement juge qu'après ce laps de temps, mais ce qui n'établit point textuellement qu'au moment où il est élu président il doive encore exercer le commerce; — Qu'en ce qui concerne le simple juge, ces mots, *s'il exerce depuis cinq ans*, employés par la loi et pris au temps présent, offrent littéralement un peu plus de difficulté, qui cependant doit se dissiper en se pénétrant de l'esprit de cette loi; — Que ce que le législateur a voulu, c'a été que les juges de commerce eussent une expérience garantie par un exercice suffisant et dont il a fixé la durée, mais qu'il n'est point entré dans ses vues d'exclure les négociants retirés, qui étaient d'ailleurs formellement admis par l'Ordonnance de 1673 et par la loi du 10 août 1791, et dont l'exclusion eût été prononcée sans doute en termes aussi formels si telle eût été l'intention du législateur; — Qu'au surplus cette exclusion ne pourrait être que nuisible au commerce, en privant ses tribunaux de juges qui à une expérience également garantie réunissent plus de loisirs; — Qu'à la vérité celui qui n'aurait quitté le commerce que pour suivre une autre profession n'aurait plus la capacité requise, mais que cette modification, qui est dans la nature des choses, ne saurait nuire aux principes posés :

« Est d'avis que les négociants retirés du commerce et non livrés actuellement à d'autres professions, sont susceptibles

le projet primitif de la Commission, au lieu de *tout commerçant*, il y avait *tout individu*.

« d'être élus aux places mentionnées en l'art. 620 du Code de « commerce, s'ils ont exercé le commerce pendant le temps « prescrit et s'ils remplissent d'ailleurs les autres conditions im- « posées par la loi » (1).

La loi du 28 août 1848 avait remplacé l'art. 620 par la disposition suivante : « Sont éligibles aux fonctions de juge et de « suppléant : 1° tout citoyen français qui a déjà exercé l'une ou « l'autre de ces fonctions ; 2° tout citoyen français âgé de trente « ans, ayant exercé le commerce avec patente pendant cinq « ans au moins, tout capitaine au long cours ou maître au ca- « botage ayant commandé pendant cinq ans, pourvu que cha- « cun des éligibles désignés ait son domicile réel dans le ressort « du tribunal et qu'il ne se trouve dans aucun des cas prévus « aux §§ 2-5 de l'art. 618. — A Paris, nul ne pourra être « nommé juge s'il n'a été suppléant. — Pour être éligible à la « présidence, il faudra, à Paris, avoir exercé pendant quatre « ans comme juge ; dans les tribunaux de neuf membres, avoir « exercé pendant quatre ans, dont deux au moins comme juge. « Dans les autres tribunaux, il suffira d'avoir été juge ou sup- « pléant. » Cette rédaction indiquait clairement que l'exercice *actuel* du commerce n'était pas une condition nécessaire pour l'éligibilité. Du reste, en vertu du décret du 2 mars 1852, on en est revenu à l'état de choses antérieur à 1848.

(1) La loi des 16-24 août 1790 disait (Titre XII, art. 9) : « Nul ne pourra « être juge d'un tribunal de commerce, s'il n'a résidé et fait le commerce « au moins depuis cinq ans dans la ville où le tribunal sera établi, et s'il n'a « trente ans accomplis. Il faudra être âgé de trente-cinq ans, et avoir fait le « commerce depuis dix ans, pour être président. »

La loi du 10 août 1791, citée dans l'Avis du Conseil d'Etat, était ainsi conçue : « L'Assemblée nationale, considérant que les anciens négociants, mar- « chands, banquiers et autres désignés par la loi de l'organisation judi- « ciaire, qui se sont retirés du commerce, ne peuvent, par le fait de cette « discontinuation, être assujettis à prendre des patentes, décrète qu'ils « sont éligibles en qualité de juges aux tribunaux de commerce, et néan- « moins qu'ils ne pourront être électeurs. »

Aujourd'hui encore les négociants retirés du commerce ne pourraient certainement pas être portés sur la liste des notables.

Le législateur ne donne le nom de *juges* qu'aux juges titulaires. Il est donc certain que, dans un tribunal quelconque, pour pouvoir être nommé président, il ne suffirait pas d'avoir déjà rempli les fonctions de suppléant.

Lorsqu'un tribunal de commerce est établi pour la première fois dans une ville, dès le principe il doit avoir un président : c'est ce que l'art. 622 suppose clairement. Mais il est impossible que ce président, conformément à l'exigence de notre art. 620, ait déjà rempli les fonctions de juge (du moins dans la ville où il réside aujourd'hui). Il faut donc reconnaître que l'art. 620 n'a pas prévu l'hypothèse dont il s'agit et que parmi ses dispositions il en est une qui ne saurait s'y appliquer. Un Avis du Conseil d'Etat, du 21 décembre 1810, porte effectivement que, dans les lieux où il n'existait point de tribunal de commerce, et pour la première fois seulement, le président n'aura pas besoin d'avoir déjà exercé les fonctions de juge, il suffira qu'il remplisse les autres conditions de la loi.

Une observation qui s'applique en général à tous les membres des tribunaux de commerce, c'est, d'une part, qu'ils doivent avoir la jouissance et l'exercice des droits politiques (1) ; c'est, d'autre part, qu'ils peuvent être élus en dehors de la liste des notables (2). Sous ce double rapport, il n'y a aucune distinction à faire entre le président, les juges et les suppléants.

— Comment se fait l'élection? « L'élection, dit l'art. 621, « sera faite au scrutin individuel, à la pluralité absolue des « suffrages; et, lorsqu'il s'agira d'élire le président, l'objet

(1) Une circulaire du Ministre de l'intérieur aux préfets, en date du 27 octobre 1817, fait application du principe en ce qui concerne la qualité de Français. « Il est vrai, dit le Ministre, que l'art. 620 du Code de commerce « n'établit pas textuellement, comme condition d'éligibilité, la qualité de « Français natif ou naturalisé; mais c'est le cas d'appliquer les prin- « cipes généraux consignés dans les anciennes Ordonnances de nos rois, « principes qui ont toujours été rappelés depuis, et notamment dans la loi « du 14 octobre 1814 *sur les naturalisations* et dans celle du 5 février 1817 « *sur les élections.* »

(2) Cette idée se trouve déjà dans l'Edit de 1563. Voy. ci-dessus, p. 242.

« spécial de cette élection sera annoncé avant d'aller au scru-
« tin. » — Cette disposition très-brève (textuellement empruntée à la loi de 1790, Titre XII, art. 10) avait été remplacée, en 1848, par une disposition beaucoup plus détaillée, que je reproduis seulement en partie : « ... L'élection du président sera « faite au scrutin individuel et à la majorité absolue des suf-
« frages exprimés. Les juges seront nommés tous par un seul « scrutin de liste; les suppléants seront également nommés tous « par un seul scrutin de liste. La majorité absolue des suffrages « exprimés sera nécessaire pour chaque nomination... »

Sous l'empire de ce nouvel art. 621, on s'est plusieurs fois demandé dans la pratique si, pour l'élection du président, pour celle des juges et pour celle des suppléants, il peut y avoir trois scrutins simultanés ou si, au contraire, il doit nécessairement y avoir trois scrutins successifs; du reste, la même question peut se présenter aujourd'hui que nous sommes revenus au texte de 1807. Les Cours d'Orléans et de Bordeaux ont décidé, en 1851, que les scrutins devaient nécessairement être successifs (1). L'arrêt de la Cour de Bordeaux ayant été déféré à la Cour de cassation, celle-ci a rejeté le pourvoi, par les motifs suivants : « La rédaction de l'art. 621 eût été différente, si le législateur avait voulu autoriser trois scrutins simultanés : il l'aurait littéralement permis. — Le système contraire porterait atteinte à la liberté des électeurs, et à leur droit de voter successivement, dans les degrés inférieurs, pour celui ou ceux jugés dignes d'être nommés dans un degré supérieur. — Cette affaire est un exemple des graves erreurs qu'entraînent nécessairement des élections simultanées, puisque, malgré la délibération et l'avis préalable du bureau, on trouva dans l'urne de la nomination du président six bulletins applicables aux juges et trente-huit aux suppléants, dans l'urne des juges on trouva trente-

(1) Dans un arrêt de la Cour d'Angers, du 25 août 1849, il est dit que, si l'élection du président, des juges et des suppléants n'a point été faite successivement, *comme cela eût été plus convenable et plus rationnel*, néanmoins cette formalité n'est pas substantielle (Dev.-Car., 51, 2, 546).

huit bulletins applicables aux suppléants, et dans l'urne des suppléants cinquante-quatre bulletins applicables aux juges... » (1).

Les électeurs ne peuvent jamais faire que les élections pour lesquelles ils sont convoqués. Si, par exemple, ayant été convoqués pour le remplacement de deux juges et d'un suppléant, ils nomment juge un autre suppléant, il ne leur sera pas permis pour cela de procéder à l'élection de deux suppléants (2).

Pour qu'il y ait élection, il faut nécessairement que le candidat ait obtenu la majorité absolue des suffrages. Du reste, aucune disposition de loi ne fixe un *minimum* que devrait atteindre le nombre des suffrages exprimés. C'est là sans doute une lacune très-regrettable : une élection pourra être valablement faite par quelques commerçants notables, peut-être par cinq ou six. C'est une lacune qu'il ne nous appartient pas de combler; et il est absolument impossible d'admettre, avec M. Bédarride (3), que les suffrages exprimés doivent atteindre le *minimum* indiqué par l'art. 619.

— Les membres des tribunaux de commerce sont-ils nommés à vie, ou sont-ils nommés pour un temps déterminé? A tous les points de vue, il était convenable que les juges consulaires fussent nommés seulement pour un temps déterminé, et même pour un temps assez court; dans le même ordre d'idées, le législateur devait aussi proscrire la réélection, du moins la réélection immédiate et indéfinie, des magistrats dont la fonction était expirée. En conséquence, l'Edit de 1563 (art. 1, *in fine*) contenait déjà la disposition suivante : « La charge des juge et « consuls des marchands ne durera qu'un an, sans que, pour « quelque cause ou occasion que ce soit, l'un d'eux puisse être « continué. » Cependant, renouveler le tribunal en bloc à un

(1) Arrêt de la Chambre des Requêtes, du 6 août 1851, rendu contrairement aux conclusions du procureur-général (Dev.-Car., 51, 1, 520).

(2) Voy., en ce sens, l'arrêt de la Cour d'Orléans du 9 janvier 1851 (Dev.-Car., 51, 2, 549).

(3) *De la juridiction commerciale*, n° 56.

certain moment, c est un procédé qui présente un grave inconvénient : la tradition est brusquement interrompue, les nouveau-venus ne trouvent personne pour les guider, ils doivent faire eux-mêmes leur apprentissage. Le législateur de 1790 avait donc amélioré, sous un certain rapport, le système antérieur, lorsqu'il avait dit (Titre XII, art. 11) : « Les juges du « tribunal de commerce seront deux ans en exercice. Le prési- « dent sera renouvelé, par une élection particulière, tous les « deux ans. Les autres juges le seront, tous les ans, par moitié : « la première fois, les deux juges qui auront eu le moins de « voix sortiront de fonctions à l'expiration de l'année ; les au- « tres sortiront ensuite, à titre d'ancienneté. »

Cette amélioration passa sans difficulté dans le Code de 1807 : « A la première élection, disait l'art. 622, le président et la « moitié des juges et des suppléants dont le tribunal sera com- « posé, seront nommés pour deux ans ; la seconde moitié des « juges et des suppléants sera nommée pour un an. Aux élections « postérieures, toutes nominations seront faites pour deux ans. »

Mais, en 1807, la question de rééligibilité souleva de longues discussions. D'après le projet de la Commission, *le président, les juges et suppléants pouvaient être réélus*. La Section *de l'intérieur* du Conseil d'Etat proposa, au contraire, de dire : « Le prési- « dent, les juges et les suppléants ne peuvent rester plus de deux « ans en place, ni être réélus qu'après un an d'intervalle. » Dans la séance du Conseil d'Etat du 9 mai 1807, M. l'archichancelier demande pourquoi la Section ne permet pas la réélection immédiate. M. Beugnot répond qu'on a observé que des juges de commerce qui demeurent longtemps en fonctions se regardent comme établis à vie et prennent trop les habitudes des juges en titre... M. Treilhard ajoute que c'est déjà un sacrifice que de se vouer pendant deux ans à des fonctions gratuites comme sont celles de juge de commerce ; qu'il faut donc faciliter à ceux qui les exercent les moyens de s'en retirer après ce laps de temps ; qu'ils pourraient d'abord voir leur honneur engagé à accepter leur réélection ; qu'ensuite ils se croiraient

peut-être compromis s'ils n'étaient pas réélus... A son tour, M. Réal fait observer qu'on manquera le but qu'on se propose, si l'on permet la réélection immédiate des magistrats consulaires : l'habitude de demeurer dans ces fonctions les portera à se donner l'importance des juges en titre ; ils se créeront une jurisprudence, et perdront l'habitude du commerce. Enfin M. Berlier dit que, si en général on doit désirer d'être élu par ses pairs, parce qu'il s'y attache des idées d'honneur, on doit craindre aussi d'être perpétuellement investi de fonctions onéreuses et gratuites, pour lesquelles il y a de grands sacrifices à faire de ses propres intérêts : la proposition de la Section est donc toute en faveur des juges en exercice qui, non réélus pouvant l'être, se trouveraient humiliés, et qui, réélus, n'osent refuser la charge qui leur est imposée. Mais l'inéligibilité immédiate est aussi en faveur des autres négociants, dont elle augmente l'expectative honorifique : en effet, s'il est possible de réélire immédiatement les mêmes, il y aura une propension toute naturelle à le faire, et il s'établira une espèce de permanence fort décourageante pour ceux qui auraient sans elle le juste espoir de parvenir ; or, ce découragement serait un mal réel. Ajoutons que la rééligibilité immédiate, qui donne en apparence plus de latitude aux choix, la restreindrait réellement, à cause de l'extrême répugnance qu'éprouveraient les *nominateurs* à blesser l'amour-propre des juges en exercice, en ne faisant pas porter leur choix sur eux, toutes les fois qu'ils n'auraient pas scandaleusement démérité. — Le Conseil d'Etat finit par adopter l'article proposé par la Section. Seulement, dans la séance du 18 juillet 1807, sur la proposition du Tribunat, le Conseil d'Etat adopta la suppression dans l'article des trois mots *et les suppléants*. En conséquence, l'art. 623 du Code de commerce était ainsi conçu : « Le président et les juges ne pour-« ront rester plus de deux ans en place, ni être réélus qu'après « un an d'intervalle. »

En résumé, dans le système du Code de 1807, tous les ans il y a lieu à l'élection d'une partie des membres du tribunal de

commerce; et, dès qu'il ne s'agit plus de la première élection, tous les membres élus le sont pour deux ans. Ni le président ni les juges sortants ne peuvent être immédiatement réélus; ils ne peuvent être réélus qu'au bout d'un an. Au contraire, les suppléants peuvent être immédiatement et indéfiniment réélus. — Ajoutons que le règlement d'administration publique, du 6 octobre 1809, contenait un art. 7, ainsi conçu : « Les procès-« verbaux d'élection des membres des tribunaux de commerce « seront transmis à notre grand-juge, ministre de justice, qui « nous proposera l'institution des élus, lesquels ne seront admis « à prêter serment qu'après avoir été par nous institués. »

Ces dispositions (art. 622 et 623 du Code de 1807, art. 7 du décret de 1809) avaient donné lieu à plusieurs difficultés. Ainsi, on s'est demandé si le chef de l'Etat est dans la nécessité d'instituer un membre régulièrement élu, ou si, au contraire, il peut s'y refuser (1); si les membres compris dans une même élection, mais institués à des époques différentes, sont soumis simultanément au renouvellement périodique; combien de temps doit demeurer en exercice le membre isolément élu en remplacement d'un autre, qui, par exemple, est venu à mourir un an ou six mois après sa nomination. Enfin l'expérience avait montré qu'il y a inconvénient à prohiber d'une manière absolue toute réélection immédiate du président et des juges (2). En consé-

(1) Suivant MM. Devilleneuve et Massé (*Dict. du contentieux commercial*, v° *Tribunal de commerce*), l'institution ne saurait être refusée à l'élu qui n'est pas frappé d'une incapacité légale. M. Pardessus soutenait la doctrine contraire.

(2) « Un des plus graves inconvénients de la mobilité du personnel de la « magistrature consulaire était l'influence qu'elle donnait au greffier. Pou-« vait-il en être autrement? Seul inamovible au milieu de juges qui étaient « remplacés à peine initiés dans leurs fonctions, dépositaire des minutes, « continuant les traditions ou plutôt formant lui-même la tradition vivante, « n'est-ce pas à lui qu'on demandait les usages et la jurisprudence? Aussi « croyons-nous ne rien exagérer en disant que, pour certains tribunaux, « même dans des cités importantes, le greffier était un oracle infaillible, « pesant bien malheureusement quelquefois sur la décision et les actes « du tribunal » (M. Bédarride, *op. cit.*, n° 66).

quence, les dispositions dont il s'agit ont été complétées ou modifiées en plusieurs points par la loi du 3 mars 1840 :

1° Aux termes de l'art. 6 de cette loi, l'alinéa suivant doit être ajouté à l'art. 622 du Code de 1807 : « Tous les membres compris « dans une même élection seront soumis simultanément au re- « nouvellement périodique, encore bien que l'institution de « l'un ou de plusieurs d'entre eux ait été différée. » Par là sont épargnés aux électeurs des dérangements trop fréquents : la circonstance que de deux membres élus en même temps l'un a été institué de suite et l'autre seulement au bout de deux ou trois mois, cette circonstance ne donnera pas lieu à deux convocations distantes l'une de l'autre de deux ou trois mois.

2° Aux termes de l'art. 3 de la loi de 1840, l'art. 623 du Code de 1807 est rectifié ainsi qu'il suit : « Le président et les juges, « sortant d'exercice après deux années, pourront être réélus « immédiatement pour deux autres années. Cette nouvelle pé- « riode expirée, ils ne seront éligibles qu'après un an d'inter- « valle. — Tout membre élu en remplacement d'un autre, par « suite de décès ou de toute autre cause, ne demeurera en exer- « cice que pendant la durée du mandat confié à son prédéces- « seur. » Ce nouvel art. 623 contient, on le voit, deux dispositions bien distinctes. La première (proposée par la Commission de la Chambre des pairs) est fondée sur ce que le système du Code de 1807, surtout dans les petites villes, rendait souvent les choix très-difficiles et aussi sur ce que les magistrats devaient nécessairement descendre de leur siége au moment où ils avaient assez d'expérience pour rendre de véritables services. La deuxième disposition consacre la jurisprudence qui avait prévalu avant la loi de 1840 : comme la disposition ajoutée à l'art. 622, elle tend à empêcher qu'on ne soit fréquemment dans le cas de convoquer les électeurs plusieurs fois par année.

Quant à la question de savoir si l'Empereur pourrait se refuser à instituer celui qui a été régulièrement élu pour faire partie du tribunal de commerce, le législateur de

1840 n'a pas jugé nécessaire de la résoudre, probablement parce qu'elle ne s'était jamais présentée dans la pratique. Sous l'empire de la loi de 1790, le roi n'aurait certainement pas pu se refuser à l'institution. En effet, cette loi disait, dans son Titre II, intitulé *Des juges en général :* « Les juges élus recevront « du roi des lettres-patentes, scellées du sceau de l'Etat, les- « quelles ne pourront être refusées, et seront expédiées, sans « retard et sans frais, sur la seule présentation du procès-verbal « d'élection. » Il suffit de comparer cette disposition et l'art. 7 du décret de 1809 pour être convaincu, comme nous, qu'aujourd'hui le chef de l'Etat, qui ne peut pas directement nommer le président, un juge ou même un suppléant d'un tribunal de commerce, peut, au contraire, refuser l'institution à celui qui a été élu et en appeler ainsi, en quelque sorte, à une élection nouvelle (1).

Une autre question, que le législateur de 1840 n'a pas jugé utile de résoudre explicitement, est celle de savoir si les magistrats consulaires deviennent incapables de faire aucun acte de leurs fonctions, par cela seul qu'il s'est écoulé deux ans depuis leur élection ou leur réélection. Un député, M. Lebœuf, avait proposé d'ajouter à l'art. 622 la disposition suivante : « Toutefois, s'il arrivait que, par des circonstances de force « majeure, l'élection ou l'installation des nouveaux juges et « suppléants se trouvât retardée, les fonctions des juges et sup- « pléants arrivés à fin d'exercice continueront de droit jus- « qu'à l'installation de leurs successeurs. » Mais cet amendement fut retiré, sur l'observation du Ministre de la justice que cela allait de soi et que la jurisprudence était fixée sur ce point. Effectivement, soit avant la loi de 1840, soit depuis cette loi, la Cour de cassation a jugé que les magistrats consulaires peuvent continuer leurs fonctions tant que leurs successeurs n'ont pas

(1) La loi du 28 août 1848, par son art. 3, avait abrogé l'art. 7 du décret de 1809, ou, en d'autres termes, avait supprimé la nécessité de l'institution. Depuis 1852 cette institution est redevenue nécessaire.

été installés : autrement, il pourrait arriver que le cours de la justice se trouvât interrompu (1).

IV. Nous voyons qu'auprès de tout tribunal civil d'arrondissement, indépendamment des *avocats*, il existe certains officiers ministériels, savoir : des *avoués*, un *greffier*, des *huissiers*. Nous avons à rechercher si les mêmes officiers ministériels existent auprès des tribunaux de commerce et s'il ne peut pas en exister d'autres.

Devant les tribunaux civils, on ne peut pas plaider sans avoué : l'avoué est un intermédiaire obligé entre la partie et le juge. Devant les tribunaux consulaires, c'est précisément l'inverse. Déjà dans l'Edit de 1563 se trouvait la disposition suivante : « Pour couper chemin à toute longueur et ôter l'occa-« sion de fuir et plaider, voulons et ordonnons que tous « ajournements soient libellés et qu'ils contiennent demande « certaine; et seront tenues les parties comparoir en personne « à la première assignation, pour être ouïes par leur bouche, « s'ils n'ont légitime excuse de maladie ou d'absence, èsquels « cas enverront par écrit leur réponse signée de leur main « propre, ou, audit cas de maladie, de l'un de leurs parents, « voisins ou amis, ayant de ce charge et procuration spéciale, « dont il sera à paroire à ladite assignation : le tout sans aucun « ministère d'avocat ou de procureurs. » On finit par reconnaître qu'il y avait de graves inconvénients à exiger des parties qu'à moins d'empêchement absolu elles vinssent en personne soutenir leurs prétentions devant le tribunal; et Rogue constatait, au siècle dernier, qu'il existe dans les juridictions consulaires des personnes agréées par les juges pour plaider dans le cas que les particuliers *ne veulent* ou ne peuvent le faire.

Le Code de 1807 laisse les parties parfaitement libres de comparaître et de plaider elles-mêmes devant le tribunal, ou bien,

(1) Voy. les arrêts du 13 juin 1838 et du 5 août 1841 (Dev.-Car., 38, 1, 619; 41, 1, 864).

au contraire, de se faire représenter par un tiers. « Le ministère « des avoués, dit l'art. 627, est interdit dans les tribunaux de « commerce, conformément à l'art. 414 du Code de procédure « civile. Nul ne pourra plaider pour une partie devant ces tri- « bunaux si la partie, présente à l'audience, ne l'autorise, ou « s'il n'est muni d'un pouvoir spécial. Ce pouvoir, qui pourra « être donné au bas de l'original ou de la copie de l'assigna- « tion, sera exhibé au greffier avant l'appel de la cause, et par « lui visé sans frais » (1). Une Ordonnance royale du 10 mars 1825 prescrit une formalité particulière pour constater l'exécution de cet article : lorsqu'une partie aura été défendue par un tiers, il sera fait mention expresse, dans la minute du jugement, soit de l'autorisation que le tiers aura reçue de la partie présente, soit du pouvoir spécial dont il aura été muni.

Aux termes d'un arrêté, du 18 thermidor an XI, « il y a in- « compatibilité entre les fonctions d'huissier et celles de dé- « fenseur officieux, nul ne pourra les exercer concurrem- « ment. » On s'est demandé, sous l'empire du Code de 1807, s'il ne fallait pas décider, conformément à cet arrêté, qu'un huissier ne saurait être chargé de représenter une partie devant le tribunal de commerce. La question a été tranchée législativement en 1840. M. Tripier, au nom de la Commission de la Chambre des pairs, s'exprimait ainsi : « Les tribunaux de commerce remplissent leur noble mission lorsqu'ils concilient, aussi bien que lorsqu'ils jugent; il est à craindre que les huissiers, dirigés par leur intérêt personnel, ne paralysent les efforts des magistrats, et que leur intervention dans la défense ne soit un obstacle aux arrangements amiables. » En conséquence, l'art. 4 de la loi du 3 mars 1840 porte qu'à l'art. 627 du

(1) Cela est parfaitement d'accord, non-seulement avec l'art. 414, mais core avec l'art. 421 du Code de procédure civile :

ART. 414. « La procédure devant les tribunaux de commerce se fait sans « le ministère d'avoués. »

ART. 421. « Les parties seront tenues de comparaître en personne ou par « le ministère d'un fondé de procuration spéciale »

Code de commerce sera ajoutée la disposition qui suit : « Dans « les causes portées devant les tribunaux de commerce, aucun « huissier ne pourra ni assister comme conseil ni représenter « les parties en qualité de procureur fondé, à peine d'une « amende de vingt-cinq à cinquante francs, qui sera prononcée « sans appel par le tribunal, sans préjudice des peines disciplinaires contre les huissiers contrevenants. — Cette disposition n'est pas applicable aux huissiers qui se trouveront dans « l'un des cas prévus par l'art. 86 du Code de procédure civile » (1).

En fait, les personnes qui ont un procès devant le tribunal de commerce chargent assez souvent un avocat ou un avoué de plaider pour elles. Cependant, à Paris et dans quelques autres villes, il existe depuis longtemps un corps d'*agréés*, lesquels sont spécialement autorisés par le tribunal à servir de conseils aux justiciables. A Paris, le nombre des agréés, qui pendant la Révolution avait été porté à vingt et un, depuis 1813 est réduit à quinze : en 1813, le tribunal de commerce supprima les six cabinets les moins occupés, moyennant une indemnité de 225,000 francs que les quinze agréés restants prélevèrent proportionnellement sur eux-mêmes. Il est admis sans difficulté qu'un agréé peut céder son cabinet, sauf le droit pour le tribunal de commerce d'apprécier la capacité, la moralité et la solvabilité du cessionnaire (2). — Les agréés ne sont pas mentionnés dans le Code de commerce. Les rédacteurs du projet du Code de procédure avaient demandé qu'il n'y eût pas de défenseurs officieux devant les tribunaux de commerce ; Cambacérès fit retrancher

(1) La loi du 25 mai 1838 *sur les justices de paix* contient, dans son art. 18, une disposition exactement semblable. — Du renvoi à l'art. 86 du Code de procédure civile, il résulte que, par exception, les huissiers peuvent plaider devant les tribunaux de commerce, non-seulement leurs causes personnelles, mais celles de leurs femmes, parents ou alliés en ligne directe, et de leurs pupilles.

(2) La Cour de cassation a même jugé qu'il peut y avoir lieu en cette matière au privilége du vendeur d'effets mobiliers. Voy. l'arrêt de la Chambre des requêtes, du 14 décembre 1847 (Dev.-Car., 48, 1, 97).

cette exclusion : « Il n'y a pas de raison, disait-il, pour changer ce qui existe; or, toujours des agréés ont rempli, auprès des tribunaux de commerce, les fonctions de défenseurs. » Quant au projet du Code de commerce, la Section *de l'intérieur* du Conseil d'Etat présentait un article ainsi conçu : « Il est inter- « dit aux tribunaux de commerce d'agréer, pour plaider de- « vant eux, des hommes de loi ou des praticiens, particulière- « ment désignés. » Mais, dans la séance du Conseil d'Etat du 9 mai 1807, sur les observations de M. Jaubert et de Cambacérès, cet article de la Section fut écarté : « C'est la force des choses, disait très-bien Cambacérès, qui a introduit les agréés dans les tribunaux : on n'a pu refuser aux parties qui n'avaient pas l'habitude de s'expliquer en public la ressource d'employer le secours d'hommes plus exercés. Il serait d'autant plus dangereux de supprimer les agréés et de laisser plaider pour les parties quiconque voudrait se charger de leur défense, que le tribunal de commerce n'aurait aucune police sur tous ces défenseurs. » D'après cela, il est évidemment impossible de prétendre que l'institution des agréés soit contraire à la loi.

Le législateur de 1807 n'avait certainement pas entendu dispenser les agréés de l'observation de la règle d'après laquelle *nul ne pourra plaider pour une partie, devant un tribunal de commerce, si la partie, présente à l'audience, ne l'autorise, ou s'il n'est muni d'un pouvoir spécial.* Il paraît cependant que cette règle avait été méconnue dans la pratique. En effet, l'Ordonnance royale du 10 mars 1825, qui a déjà été citée un peu plus haut, a été rendue conformément à un Avis émis la veille par le Comité du contentieux du Conseil d'Etat, Avis dans lequel il est dit notamment que, dans la plupart des tribunaux de commerce, les agréés sont admis à plaider sur la simple représentation de l'original ou de la copie de l'assignation, et sans être, comme l'exige l'art. 627 du Code de commerce, autorisés par la partie présente ou munis d'un pouvoir spécial;... que déjà l'illégalité de ce mode de procéder a été reconnue par la décision ministérielle du 6 octobre 1820, conforme à l'avis du Co

mité de législation du 16 septembre précédent; qu'il importe, non-seulement de rappeler les tribunaux de commerce à l'observation des règles tracées sur ce point par le législateur, mais encore de prendre des mesures qui les empêchent de s'en écarter à l'avenir... Le préambule même de l'Ordonnance du 10 mars porte que « tout individu, quel que soit sa profession « ou son titre, qui plaide devant le tribunal de commerce la « cause d'autrui, doit, conformément à l'art. 627, être autorisé « par la partie ou muni d'un pouvoir spécial. » Le pouvoir devant, aux termes de l'Ordonnance, être mentionné dans la minute du jugement, il en résulte que ce pouvoir est nécessairement enregistré (1).

Au fond, la grande différence qui existe, devant le tribunal de commerce de la Seine, entre un agréé et un mandataire ordinaire, c'est que, quand un agréé représente la procuration à lui donnée pour agir, le tribunal n'exige pas que la signature du mandant soit légalisée. Il existe même en ce sens une Délibération du 27 août 1830, approuvée par le garde des sceaux le 13 octobre suivant.

L'agréé n'est pas un officier ministériel; cette dénomination ne convient même pas à l'avoué, en tant qu'il représente une partie devant le tribunal de commerce. On en conclut avec raison que l'art. 60 du Code de procédure est ici absolument inapplicable, et que l'agréé ou l'avoué devra s'adresser aux tribunaux ordinaires, par exemple au juge de paix (s'il ne s'agit pas de plus de 200 francs), pour se faire payer des frais et honoraires qui peuvent lui être dus. On admet aussi que les honoraires n'entrent pas dans la liquidation des dépens que doit supporter la partie perdante (2). Du reste, la question a peu d'intérêt

(1) Loi du 22 frimaire an VII, art. 47 : « Il est défendu aux juges et ar- « bitres de rendre aucun jugement... en faveur de particuliers, sur des « actes non enregistrés, à peine d'être personnellement responsables des « droits. »

Quel est ici le droit exigible? C'est un droit fixe de 2 francs. Voy. la loi du 28 avril 1816, art. 43, n° 17.

(2) On lit dans un réquisitoire de M. Dupin, procureur-général à la Cour

en pratique, attendu que les tribunaux de commerce ont l'habitude, dans leurs jugements, d'allouer, comme dommages-intérêts, à la partie gagnante, une somme équivalente aux honoraires que pourra lui réclamer son représentant.

Pour plus de détails sur l'institution des agréés en général on pourra consulter avec fruit les indications contenues dans le réquisitoire de M. Dupin à la suite duquel la Cour de cassation a rendu son arrêt du 25 juin 1850 (1).

— Nous savons que le ministère des avoués est interdit dans les tribunaux de commerce. Mais, aux termes de l'art. 624 de notre Code, « il y aura près de chaque tribunal un greffier et « des huissiers nommés par l'Empereur; leurs droits, vacations « et devoirs seront fixés par un règlement d'administration « publique. »

Occupons-nous d'abord du greffier.

L'Edit de 1563, qui établit à Paris les juge et consuls, avait un art. 18, ainsi conçu : « Permettons auxdits juge et consuls « de choisir et nommer pour leur scribe et greffier telle per- « sonne d'expérience, marchand ou autre, qu'ils aviseront; le-

de cassation : « Le président du tribunal de commerce de Marseille a « excédé ses pouvoirs en allouant des frais de postulation, de rédaction, d'as- « sistance, de plaidoirie, tandis qu'en matière commerciale les frais qu'il est « permis d'allouer se réduisent à de simples déboursés : allouer autre « chose, ce serait consacrer l'existence de défenseurs officiels dont la pré- « sence n'est pas permise devant les tribunaux de commerce » (Dev.-Car. 42, 1, 11).

(1) Le tribunal de commerce d'Alger avait pris quatre délibérations, — la première portant qu'il sera créé un corps d'agréés et nommant une commission prise au sein du tribunal pour organiser cette institution; — la deuxième décidant que le tribunal de commerce a le droit de créer un corps d'agréés, et que l'exercice de ce droit n'est pas subordonné en Algérie à la sanction préalable de l'autorité supérieure; — la troisième contenant un règlement pour déterminer le nombre des agréés, les conditions que seront tenus de remplir les candidats, le serment qu'ils auront à prêter, le costume qu'ils revêtiront, les peines disciplinaires qui leur seront infligées, enfin les émoluments qui leur seront alloués ou qu'ils auront le droit d'exiger des parties; — la quatrième constatant la nomination, faite au scrutin, de six agréés. La Cour suprême annule ces quatre délibérations, comme renfermant en la forme et au fond un excès de pouvoir.

« quel fera toute expédition en bon papier, sans user de par-
« chemin; et lui défendons très-étroitement de prendre, pour
« ses salaires et vacations, autre chose qu'un sol tournois par
« feuillet, à peine de punition corporelle, et d'en répondre par
« lesdits juge et consuls, en leur propre et privé nom, en cas de
« dissimulation et connivence.» On voit que, dans le principe, à Paris du moins, le greffier de la juridiction consulaire était choisi par les juges eux-mêmes. Bientôt un greffe fut institué, à titre d'office, auprès de chacune des juridictions consulaires du royaume (1), et les choses en étaient là lorsque éclata la Révolution. D'après la loi des 16-24 août 1790 (Titre IX), les greffiers sont nommés, au scrutin et à la majorité absolue des voix, par les juges; ils sont nommés à vie, et ne peuvent être destitués que pour cause de prévarication jugée. Mais les greffiers perdirent bientôt le bénéfice de l'inamovibilité : d'après l'art. 24 de la loi du 19 vendémiaire an IV *sur l'organisation administrative et judiciaire*, le greffier est nommé et révocable par le tribunal pour lequel il a été institué. Enfin, la loi du 27 ventôse an VIII, *sur l'organisation des tribunaux*, porte, dans son art. 92, que les greffiers de tous les tribunaux seront nommés par le Premier Consul, qui pourra les révoquer à volonté. Ce système n'a point été modifié par le Code de commerce; seulement, l'art. 91 de la loi du 28 avril 1816 comprend les greffiers parmi les fonctionnaires qui peuvent présenter des successeurs à l'agrément de Sa Majesté.

L'art. 624 du Code de commerce annonce qu'un règlement d'administration publique viendra fixer les droits, vacations et devoirs des greffiers. Cette promesse est demeurée sans exécution, au moins jusqu'en 1825. Voici, du reste, les principes qui avaient déjà été consacrés en cette matière lors de la promulgation de notre art. 624, principes qui en général subsistent encore aujourd'hui :

(1) Voy. surtout l'Edit de mars 1710, *contenant suppression de certains droits de greffe, établissement de greffiers en chef, règlement et érection de vingt nouvelles juridictions consulaires.*

La loi du 21 ventôse an VII avait établi des droits de greffe au profit de la République, dans tous les tribunaux civils et de commerce. D'après la même loi (art. 6), les expéditions doivent contenir vingt lignes à la page, et huit à dix syllabes à la ligne, compensation faite des unes avec les autres; le greffier ne peut délivrer aucune expédition que les droits n'aient été acquittés (art. 11); le greffier doit tenir un registre coté et paraphé par le président, sur lequel il inscrit jour par jour les actes sujets au droit de greffe, les expéditions qu'il délivre, etc. (art. 13). Les greffiers peuvent exiger un *droit de recherche* pour les actes et jugements qui n'ont pas été faits ou rendus dans l'année et dont ils ne délivrent pas d'expédition; il leur est, en outre, attribué 25 cent. pour chaque légalisation d'acte des officiers publics (art. 14). — Le traitement des greffiers des tribunaux de commerce est de la moitié de celui du greffier d'un tribunal civil, s'il avait été établi dans la commune où siége le tribunal de commerce; et néanmoins le traitement de ceux des tribunaux de commerce établis dans des communes de 6,000 habitants et au-dessous demeure fixé à 800 francs. En outre, il est accordé aux greffiers une remise de 30 centimes par chaque rôle d'expédition, et d'un décime par franc sur le produit du droit de mise au rôle et de celui établi pour la rédaction et transcription des actes (art. 18 et 19).—Il est défendu aux greffiers d'exiger ni recevoir d'autres droits de greffe, ni aucun droit de prompte expédition, à peine de 100 francs d'amende et de destitution (art. 23). La destitution dont il s'agit serait prononcée par les tribunaux; elle est tout à fait distincte du droit de révocation qui, conformément à l'art. 92 de la loi du 27 ventôse an VIII, appartient au chef du Gouvernement (1).

Un décret du 6 janvier 1814 portait spécialement fixation des droits que le greffier du tribunal de commerce de Paris pourrait percevoir à son profit. Ce décret a été expressément abrogé

(1) Voy. en ce sens un arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 1806 (Sir., 6, 2, 920).

par l'Ordonnance royale du 9 octobre 1825, laquelle, en exécution de l'art. 624 du Code de commerce, fixe les droits que peuvent percevoir les greffiers des tribunaux consulaires, indépendamment de ceux qui leur sont accordés par la loi du 21 ventôse an VII et par le décret du 12 juillet 1808.

Enfin un arrêté du Gouvernement provisoire, du 8 avril 1848, a modifié sur certains points le tarif relatif aux émoluments des greffiers des tribunaux de commerce (1).

La loi du 27 ventôse an VIII (art. 97) soumettait les greffiers des tribunaux de commerce à la nécessité de fournir un cautionnement; d'après le tarif annexé à cette loi, le chiffre du cautionnement était de 1,000 fr. dans les départements et de 4,000 fr. à Paris. Ce chiffre fut un peu augmenté par la loi du 2 ventôse an XIII, qui est le budget de cette année. Enfin, d'après un tableau annexé à la loi du 28 avril 1816, il est de 3,000 francs dans les départements et de 8,000 francs à Paris.

Les greffiers des tribunaux de commerce doivent prêter serment. Conformément à la loi des 16-24 août 1790 (Titre IX, art. 1er), c'est le tribunal de commerce auquel ils sont attachés, et non la Cour impériale, qui doit recevoir leur serment (2).

D'après la loi du 27 ventôse an VIII (art. 4), il fallait avoir trente ans accomplis pour pouvoir être greffier. Aujourd'hui, d'après la loi du 16 ventôse an XI (art. 1er), il suffit d'être âgé de vingt-cinq ans.

Il reste à dire quelques mots des commis-greffiers. Aux termes de la loi du 21 ventôse an VII, les greffiers présentent et font recevoir un commis greffier assermenté par chaque section (art. 15); au moyen du traitement et des remises accordés aux greffiers, ceux-ci demeurent chargés du traitement des commis assermentés et de tous les employés du greffe, ainsi que des frais

(1) Voy. aussi le décret du 24 mai 1854, *portant fixation des émoluments attribués, en matière civile et commerciale, aux greffiers des tribunaux civils de première instance et aux greffiers des Cours impériales.*

(2) Ainsi jugé par la Cour de cassation, le 22 mars 1843 (Dev.-Car., 43, 1, 333).

de bureau, papier libre, rôles, registres, etc. (art. 16). — Le décret du 30 mars 1808, *contenant règlement pour la police et la discipline des cours et tribunaux*, porte (art. 91) que le greffier ou l'un de ses commis assermentés tiendra la plume aux audiences depuis leur ouverture jusqu'à ce qu'elles soient terminées. — Je citerai encore plusieurs dispositions contenues dans le décret du 18 août 1810 : Le greffier doit présenter au tribunal et faire admettre au serment le nombre de commis-greffiers nécessaire pour le service (art. 24). Le président du tribunal peut, s'il y a lieu, avertir ou réprimander les commis assermentés; après une seconde réprimande, le tribunal pourra, après avoir entendu le commis-greffier inculpé, ou lui dûment appelé, ordonner qu'il cessera ses fonctions sur-le-champ, et le greffier sera tenu de le faire remplacer dans le délai qui aura été fixé par le tribunal (art. 26).

Quant aux huissiers, la rédaction de notre art. 624, qui les met sur la même ligne que le greffier (1), a cessé d'être parfaitement exacte. En effet, le tribunal de commerce ne nomme pas son greffier, il le reçoit; au contraire, c'est le tribunal de commerce qui choisit ses huissiers, seulement avec cette réserve qu'il doit les choisir parmi les huissiers déjà nommés par l'Empereur. Cela résulte des dispositions suivantes du décret, en forme de règlement d'administration publique, du 6 octobre 1809 :

Art. 5. « Le tribunal de commerce de Paris sera divisé en « deux sections et aura quatre huissiers. »

Art. 6. « Les autres tribunaux de commerce n'auront que « deux huissiers. Les huissiers seront, autant que faire se « pourra, choisis parmi ceux déjà nommés par nous. »

Le rédacteur de ces articles se référait manifestement au décret du 30 mars 1808, *contenant règlement pour la police et la discipline des cours et tribunaux*, dans lequel il est dit (art. 94) que « les tribunaux désigneront, pour le service intérieur, ceux

(1) « Il y aura près de chaque tribunal un greffier et des huissiers nommés par l'Empereur... »

« de leurs huissiers qu'ils jugeront les plus dignes de leur con-« fiance. » Cette dernière disposition est formellement consacrée dans l'art. 2 du décret du 14 juin 1813, *portant règlement sur l'organisation et le service des huissiers*. Le même décret de 1813 règle l'indemnité à laquelle ont droit les huissiers attachés au tribunal de commerce pour ce service particulier : voy. notamment l'art. 94 (1).

On pourrait croire, au premier abord, que le tribunal de commerce a le droit de choisir ses huissiers parmi tous les huissiers qui résident dans son ressort; en y regardant de plus près, on reconnaît qu'il ne peut faire son choix que parmi ceux qui résident dans le lieu où il siége. La Cour de cassation a statué en ce sens, sur un pourvoi formé par ordre du Ministre de la justice, conformément à l'art. 80 de la loi du 27 ventôse an VIII. Le tribunal de commerce d'Amiens, à la date du 13 juin 1836, avait révoqué ses deux huissiers audienciers et avait nommé en leur remplacement un huissier d'un canton rural de l'arrondissement. Cette nomination ayant paru contraire à la loi, le Ministre de la justice invita le tribunal à la révoquer ; mais le tribunal, par une nouvelle délibération, persista dans la première, en se fondant notamment sur l'art. 2 du décret du 14 juin 1813. Pour faire annuler par la Cour de cassation les deux délibérations dont il s'agit, voici comment raisonnait le procureur-général : « Le droit de fixer la résidence des huissiers a été exclusivement attribué, par le décret de 1813, aux tribunaux de première instance, chacun dans toute l'étendue de son ressort. Cette fixation faite, la limite dans laquelle chaque juridiction doit se renfermer pour le choix de ses huissiers audienciers en ressort nécessairement. En effet, d'un côté l'art. 15 du décret de 1813 porte que *les huissiers audienciers seront tenus, à peine d'être remplacés, de résider dans les villes où siégent les cours et tribunaux près desquels ils devront faire leur service;* et,

(1) L'arrêté du 8 avril 1848, déjà cité à propos des greffiers, modifie également sur quelques points le tarif relatif aux émoluments des huissiers audienciers près des tribunaux de commerce.

d'un autre côté, l'art. 16 ordonne que *les huissiers audienciers seront tenus, sous la même peine, de garder la résidence qui leur aura été assignée par le tribunal de première instance.* De la combinaison de ces deux articles, il résulte forcément que chaque tribunal peut choisir ses huissiers audienciers parmi tous ceux dont la résidence a été fixée dans le lieu où il siége, mais qu'il ne peut appeler à ces fonctions un huissier d'une autre résidence, puisque ce serait mettre cet huissier dans l'alternative inévitable de contrevenir soit à l'art. 15, soit à l'art. 16, qui tous deux lui commandent impérativement et sous peine de destitution. » Par son arrêt du 14 décembre 1836, la Cour de cassation, adoptant ces motifs, a prononcé l'annulation des deux délibérations du tribunal de commerce d'Amiens (1).

— Le Code de commerce reconnaît, mais pour Paris seulement, une dernière classe d'officiers ministériels : ce sont les *gardes du commerce*, spécialement chargés de mettre à exécution les jugements qui entraînent contrainte par corps. Il paraît que la première origine des officiers dont il s'agit remonte à un Edit de Louis XV, de 1772, qui fut bientôt suivi d'un Édit de Louis XVI, de 1778. D'après le projet du Code de commerce, il appartenait au Gouvernement de désigner les tribunaux près lesquels il serait établi des gardes du commerce. Plusieurs Cours et plusieurs tribunaux repoussèrent cet article, les uns combattant d'une manière absolue l'établissement des gardes du commerce, d'autres demandant qu'ils ne pussent être établis qu'à Paris. Cette dernière opinion prévalut dans l'esprit du législateur, et l'art. 625 du Code de commerce est ainsi conçu : « Il sera établi, pour la ville de Paris seulement, « des gardes du commerce pour l'exécution des jugements « emportant la contrainte par corps. La forme de leur organi- « sation et leurs attributions seront déterminées par un règlement « particulier. » Dans l'*exposé des motifs* fait par M. Maret, à la

(1) Dev.-Car., 37, 1, 366.

séance du Corps législatif du 4 septembre 1807, il est dit, à propos de cet art. 625 : « La loi ne fait que redonner la vie « à un établissement regretté par le commerce de Paris, parce « que les gardes procuraient sûreté dans l'exécution, sans em- « ployer des formes trop dures. »

Le *règlement particulier* annoncé par le Code de commerce est contenu dans le décret du 14 mars 1808, lequel ne renferme pas moins de vingt-sept articles. Je présenterai seulement quelques observations au sujet de ce décret :

Aux termes de l'art. 625 du Code de commerce, les gardes du commerce sont établis *pour l'exécution des jugements emportant la contrainte par corps ;* et l'art. 7 du décret de 1808 dit qu'ils sont chargés *exclusivement* de l'exécution des contraintes par corps. En présence de ces expressions absolues, je n'hésite pas à décider que, dans le département de la Seine, les gardes du commerce sont compétents, à l'exclusion des huissiers, aussi bien quand il s'agit de *recommandation* que quand il s'agit d'*emprisonnement*, aussi bien quand la contrainte par corps a été prononcée *en matière civile* que quand elle a été prononcée *en matière commerciale* (1). Une exception au principe paraît seulement devoir être faite quand il s'agit de la contrainte par corps prononcée en matière criminelle, correctionnelle ou de police, pour assurer le paiement de dommages-intérêts accordés à la partie civile. En effet, dans cette hypothèse, l'art. 38 de la loi du 17 avril 1832 porte qu'il sera procédé en suivant les mêmes formes et voies de contrainte que pour les jugements prononçant condamnation au profit de l'État. Or, ces formes et voies de contrainte sont nécessairement celles que trace l'art. 33 de la même loi, lorsqu'il dit : « Le procureur du « roi adressera les réquisitions nécessaires aux agents de la « force publique et autres fonctionnaires chargés de l'exécu- « tion des mandements de justice » (2).

(1) Voy. le *Commentaire du tarif en matière civile,* par MM. Chauveau (Adolphe) et Godoffre, 2e édit., t. II, p. 486.

(2) Voy. l'arrêt de la Cour de Paris, du 22 mai 1845 (Dev.-Car., 45, 2.

L'art. 789 *in fine* du Code de procédure veut que copie soit laissée au débiteur, *parlant à sa personne*, tant du procès-verbal d'emprisonnement que de l'écrou. L'huissier qui ne remettrait pas lui-même cette copie au débiteur serait passible de la peine portée par l'art. 45 du décret du 14 juin 1813, c'est-à-dire d'une suspension de trois mois et d'une amende de 200 à 2,000 fr. On s'est demandé si la même pénalité doit atteindre le garde du commerce qui aurait commis l'infraction dont il s'agit; et l'on a décidé avec raison que le décret de 1813, relatif aux huissiers, rendu depuis l'organisation des gardes du commerce, ne les comprend pas au nombre des officiers ministériels auxquels l'art. 45 doit être appliqué. La seule disposition de loi qu'on pût appliquer serait donc l'art. 27 du décret du 14 mars 1808, qui punit d'une peine disciplinaire les prévarications commises par les gardes du commerce (1).

Aux termes de l'art. 781, n° 5, du Code de procédure, le débiteur ne peut être arrêté dans une maison quelconque, même dans son domicile, à moins qu'il n'ait été ainsi ordonné par le juge de paix du lieu, lequel juge de paix devra dans ce cas se transporter dans la maison avec l'officier ministériel. Le décret du 14 mars 1808 avait dérogé à cette disposition par son art. 15, ainsi conçu : « Dans le cas où, en exécution du § 5 de « l'art. 781 du Code judiciaire, le juge de paix du canton ne « pourrait pas ou refuserait d'ordonner l'arrestation dans la « maison tierce où se trouverait le débiteur, et de se trans- « porter avec le garde pour procéder à l'arrestation, le garde « chargé de l'exécution requerra le juge de paix d'un autre « canton. Le garde du commerce n'aura pas besoin de l'auto- « rité et assistance du juge de paix pour arrêter le débiteur « dans son propre domicile, si l'entrée ne lui en est pas refu- « sée. » On voit que le décret de 1808 dérogeait sous deux rap-

342). Dans l'espèce, le débiteur avait été arrêté par un sergent de ville, l'écrou avait été rédigé et signé par un huissier.

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de Paris, du 13 juin 1851 (Dev.-Car., 51, 2, 479).

ports à l'article du Code de procédure. Il paraît qu'à Paris l'arrestation des débiteurs était devenue, sinon impossible, du moins très-difficile pour les gardes du commerce, et que cette difficulté procédait notamment de l'obligation qui leur était imposée de requérir l'autorisation et l'assistance du juge de paix. En conséquence, on a jugé nécessaire de remanier cette partie de notre législation ; et nous sommes aujourd'hui sous l'empire de la loi du 26 mars 1855, qui est ainsi conçue :

ART. 1er. « Le paragraphe n° 5 de l'art. 781 du Code de pro-« cédure civile est remplacé par la disposition suivante : 5° *Dans* « *une maison quelconque, même dans son domicile, à moins qu'il* « *n'ait été ordonné par le juge de paix du lieu, lequel juge de paix* « *devra, dans ce cas, se transporter dans la maison avec l'officier* « *ministériel ou déléguer un commissaire de police.* »

ART. 2. « L'art. 15 du décret du 14 mars 1808 est abrogé. Il « est remplacé par la disposition suivante : *Dans le cas prévu* « *par le* § 5 *de l'art.* 781 *du Code de procédure civile, il ne peut* « *être procédé à l'arrestation qu'en vertu d'une ordonnance du* « *président du tribunal civil, qui désigne un commissaire de po-* « *lice chargé de se transporter dans la maison avec le garde du* « *commerce* » (1).

Je mentionnerai encore ici deux dispositions importantes de la loi du 13 décembre 1848 *sur la contrainte par corps*. Aux termes de l'art. 3 de cette loi, « les greffiers, les commissaires « priseurs et les gardes du commerce, seront, comme les no-« taires, les avoués et les huissiers, soumis à la contrainte par « corps, dans les cas prévus par le § 7 de l'art. 2060 du Code « civil », c'est-à-dire *pour la restitution des titres à eux confiés et des deniers par eux reçus pour leurs clients par suite de leurs fonctions*. La même loi du 13 décembre 1848 promettait (art. 15) que, dans les trois mois de sa promulgation, un arrêté du

(1) Dans le projet du Gouvernement, l'art. 2 contenait seulement cette disposition : « L'art. 15 du décret du 14 mars 1808 est abrogé. » La disposition subséquente a été ajoutée sur la demande de la Commission du Corps législatif.

pouvoir exécutif, rendu dans la forme des règlements d'administration publique, viendrait modifier le tarif des frais en matière de contrainte par corps. L'arrêté ainsi promis a été rendu, à la date du 24 mars 1849; il abroge expressément (art. 8) les deux premiers paragraphes de l'art. 29 et l'art. 21 du décret du 14 mars 1808.

Le nombre des gardes du commerce, que l'art. 1er du décret de 1808 fixait à dix, est aujourd'hui réduit à sept.

L'art. 91 de la loi du 28 avril 1816 n'énumère pas les gardes du commerce au nombre des officiers qui peuvent présenter leurs successeurs à l'agrément de Sa Majesté. Cependant il paraît que l'administration admet les gardes du commerce à exercer ce droit de présentation.

V. Aux termes de l'art. 630, « les tribunaux de commerce sont « dans les attributions et sous la surveillance du Ministre de « la justice. » Cette disposition n'existait point dans le projet de la Commission. A la séance du Conseil d'État du 9 mai 1807, Cambacérès dit qu'il conviendrait, par une disposition quelconque, de rattacher les tribunaux de commerce au grand-juge ministre de la justice; ils lui sont entièrement subordonnés, mais il importe de ne pas laisser de doute sur le principe. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely dit qu'il faut s'en expliquer très-formellement, et, de plus, ordonner que les procès-verbaux d'élection seront renvoyés au grand-juge... « Toutes ces propositions, ajoute M. Locré (1), sont adoptées et renvoyées à la Section. » Du reste, en ce qui concerne la transmission au grand-juge des procès-verbaux d'élection, on peut remarquer qu'elle a été ordonnée, non par le Code de commerce, mais seulement par le décret du 6 octobre 1809 (2).

Le projet présenté par le Gouvernement en 1838, projet auquel se rattache la loi du 3 mars 1840, soumettait les juges de

(1) *Législation de la France*, t. XX, p. 36.
(2) Voy., ci-dessus, p. 268.

commerce à la surveillance et au pouvoir disciplinaire des Cours royales, conformément aux art. 49, 50, 52, 55 et 56 de la loi du 20 avril 1810 (1). Mais cette disposition a été rejetée comme étant trop rigoureuse à l'encontre de fonctionnaires qui administrent gratuitement la justice et pour qui une peine de cette nature pourrait avoir les conséquences les plus graves.

— Dans notre ancienne jurisprudence, en général les plaideurs payaient les juges. Il y avait exception relativement aux juges consulaires. L'Ordonnance d'avril 1667, *sur la réformation de la justice,* s'exprime ainsi (Tit. XVI, art. 11) : « Ne sera « pris par les juge et consuls aucunes épices, salaires, droits de « rapport et de conseil, même pour les interrogatoires et au- « dition de témoins ou autrement, en quelque cas ou pour « quelque cause que ce soit, à peine de concussion et de restitu- « tion du quadruple. » — La loi des 16-24 août 1790, dans son Titre II (*Des juges en général*), porte que *la vénalité des offices de judicature est abolie pour toujours*, que *les juges rendront gratuitement la justice*, double innovation qui ne se réfère aucune-

(1) Voici le texte même de ces articles :

Art. 49 « Les présidents des Cours impériales et des tribunaux de pre- « mière instance avertiront d'office, ou sur la réquisition du ministère pu- « blic, tout juge qui compromettra la dignité de son caractère. »

Art. 50. « Si l'avertissement reste sans effet, le juge sera soumis, par « forme de discipline, à l'une des peines suivantes, savoir : la censure « simple, la censure avec réprimande, la suspension provisoire... »

Art. 52. « L'application des peines déterminées par l'art. 50 ci-dessus « sera faite en chambre du conseil... »

Art. 55. « Aucune décision ne pourra être prise que le juge inculpé n'ait « été entendu ou dûment appelé, et que le procureur impérial ou le pro- « cureur-général n'ait donné ses conclusions par écrit. »

Art. 56. « Dans tous les cas, il sera rendu compte au grand-juge Ministre « de la justice, par les procureurs-généraux, de la décision prise par les « Cours impériales; quand elles auront prononcé ou confirmé la censure avec « réprimande ou la suspension provisoire, la décision ne sera mise à exécu- « tion qu'après avoir été approuvée par le grand-juge. Néanmoins, en cas de « suspension provisoire, le juge sera tenu de s'abstenir de ses fonctions « jusqu'à ce que le grand-juge ait prononcé; sans préjudice du droit que « l'art. 82 du Sénatusconsulte du 16 thermidor an X donne au grand-juge « de déférer le juge inculpé à la Cour de cassation, si la gravité des faits « l'exige. »

ment aux juges de commerce. La loi ajoute que *les juges seront salariés par l'État*, et cette disposition est également étrangère aux juges de commerce, dont les fonctions ont toujours été gratuites.

Dans le projet présenté au Conseil d'État le 9 mai 1807, se trouvait un article ainsi conçu : « Les fonctions des juges de « commerce sont entièrement honorifiques et gratuites. » On voulait exprimer que le juge de commerce, comme les autres juges, ne doit rien recevoir des plaideurs, et, de plus, que le juge de commerce, à la différence des autres juges, n'est pas rétribué par l'État. Sur cet article, les Sections *de législation* et *de l'intérieur* du Tribunat présentèrent l'observation suivante : « Les fonctions de juge sont des fonctions honorables lors même qu'elles sont salariées, et la loi ne saurait attribuer le caractère de l'honneur à celles qui ne sont pas payées plutôt qu'à celles qui le sont. On croit donc que ce mot *honorifiques* doit être retranché de l'article. Il suffirait, ce semble, de dire : *Les fonctions de juge de commerce sont gratuites.* » On a tenu compte, jusqu'à un certain point, de cette observation, et voici comment s'exprime l'art. 628 du Code : « Les fonctions des juges de com- « merce sont seulement honorifiques. »

Cette rédaction de l'art. 628 fournit d'ailleurs un argument pour soutenir que la fonction de juge de commerce n'est point une de ces charges publiques que ne peut décliner le citoyen qui s'y trouve appelé. Et l'on admet universellement aujourd'hui la possibilité pour l'élu de ne pas accepter et la possibilité de donner sa démission après avoir accepté les fonctions dont il s'agit (1).

— Les juges de commerce qui ont été régulièrement élus, qui même ont été institués par l'Empereur, n'ont pas encore qualité pour rendre la justice. Il faut : 1° qu'ils aient prêté serment (2); 2° qu'ils aient été installés.

(1) Voy. M. Nouguier, *op. cit.*, t. I^er^, p. 100 et suiv.

(2) Voy. l'art. 7 du décret du 6 octobre 1809 (ci-dessus, p. 268).

Aux termes de l'art. 629 du Code, « ils prêtent serment avant « d'entrer en fonctions, à l'audience de la Cour impériale, « lorsqu'elle siége dans l'arrondissement communal où le tri- « bunal de commerce est établi ; dans le cas contraire, la Cour « commet, si les juges de commerce le demandent, le tribunal « civil de l'arrondissement pour recevoir leur serment, et, « dans ce cas, le tribunal en dresse procès-verbal et l'envoie à « la Cour impériale, qui en ordonne l'insertion dans ses regis- « tres. Ces formalités sont remplies sur les conclusions du mi- « nistère public, et sans frais. »

L'Edit de novembre 1563 disait, dans son art. 1^er^, que les juge et consuls qui seraient nommés la première fois devraient *faire le serment devant le prévôt des marchands*, et, dans son art. 2, que ceux qui seraient nommés ensuite le feraient *devant les anciens*. Mais il paraît que le Parlement de Paris, en enregistrant cet Edit, ordonna que le serment serait prêté par-devant le Parlement lui-même et commit la Grand'Chambre pour le recevoir. — Lors des travaux préparatoires du Code de commerce, on se demanda s'il était bien convenable que les juges fussent toujours soumis à la nécessité d'aller prêter serment devant la Cour impériale. Dans la séance du Conseil d'État du 18 juillet 1807, « M. Beugnot dit que le Tribunat relève l'inconvénient d'obliger les juges de commerce à un déplacement dispendieux et incommode pour aller prêter serment devant la Cour d'appel, quand cette Cour siége loin de leur domicile. Ces difficultés ont détourné beaucoup de citoyens d'accepter les fonctions de juge de commerce. Le Tribunat propose, en conséquence, de décider que, lorsque la Cour d'appel siégera loin de l'arrondissement communal où le tribunal de commerce est établi, elle commettra, pour recevoir le serment du récipiendaire, le tribunal civil de cet arrondissement, et insérera dans ses propres registres le procès-verbal de prestation de serment que le tribunal civil lui adressera. » La proposition du Tribunat fut adoptée par le Conseil d'État ; et, le 14 septembre 1807, M. Gillet, dans son discours au Corps législatif, s'exprimait

ainsi : « Par quelle autorité le serment des juges de commerce « doit-il être reçu ? Cette question avait produit dans notre an- « cien ordre judiciaire de grands débats, et les usages sur ce « point variaient dans les diverses localités. Sans doute il est « convenable que les Cours d'appel, comme juridictions supé- « rieures, soient dépositaires de ce serment; mais jusqu'ici il « en résultait un déplacement quelquefois considérable, dont « il était dur de faire supporter les longueurs à des commer- « çants et les dépenses à des fonctionnaires gratuits. Le moyen « terme adopté par l'art. 15 du projet maintient la règle et « sauve les inconvénients. » C'est effectivement le système qui a passé dans la loi.

Le principe est donc qu'il appartient à la Cour impériale de recevoir le serment des juges de commerce. Aux termes du décret du 30 mars 1808 (art. 26), les réceptions sont faites à l'audience de la Chambre où siége le premier président, ou à l'audience de la Chambre des vacations, si ces réceptions se trouvent avoir lieu pendant le temps des vacances. — Mais, quand la Cour ne siége pas dans l'arrondissement où est établi le tribunal de commerce, le serment peut être prêté devant le tribunal civil de cet arrondissement. Seulement, il faut alors que la Cour impériale commette expressément le tribunal civil : aussi la Cour suprême a-t-elle avec juste raison cassé un jugement du tribunal de commerce de Soissons, par le motif que le président et l'un des juges qui avaient concouru à cette décision avaient prêté serment à l'audience du tribunal civil, sans qu'aucun arrêt de délégation fût intervenu (1). Et, pour que la Cour impériale délègue valablement le tribunal civil, il doit y avoir une demande à cet effet de la part des récipiendaires : la Cour ne pourrait pas d'office faire la délégation. — Comme c'est véritablement la Cour impériale qui a qualité pour recevoir le serment, c'est toujours dans ses registres que doit se trouver le procès-verbal de la prestation, lors même

(1) Arrêt du 31 mars 1862 (Dev.-Car., 62, 1, 704).

que cette prestation aurait eu lieu devant le tribunal civil.

Même après la prestation du serment, il manque encore quelque chose au juge de commerce pour qu'il puisse exercer ses fonctions : il doit être *installé*. Comme nous le savons, la jurisprudence admet que les juges déjà remplacés peuvent et doivent continuer à remplir leurs fonctions jusqu'à l'installation de leurs successeurs (1) : c'est donc seulement à dater de leur installation que ceux-ci peuvent exercer leurs fonctions de juges. D'après l'usage, l'installation a lieu en séance publique et en réunion générale du tribunal de commerce.

—Pour qu'il y ait jugement du tribunal de commerce, quelles sont les conditions requises soit quant au nombre, soit quant à la qualité des personnes de qui émane la décision ? Il résulte de l'Édit de 1563 qu'un jugement est valablement rendu soit par les cinq juge et consuls, soit par quatre ou au moins par trois d'entre eux. La loi des 16-24 août 1790 disait, de même, que les juges de commerce ne pourront rendre aucun jugement, s'ils ne sont au nombre de trois au moins (Titre XII, art. 6). Enfin, dans le projet de la Commission du Code, il y avait un article ainsi conçu : « Les jugements ne pourront être rendus « par moins de trois juges. » Dans la séance du Conseil d'État du 9 mai 1807, « Merlin dit qu'il est un autre point sur lequel il importe de statuer. Les tribunaux de commerce sont dans l'usage d'appeler des suppléants, même lorsque les juges se trouvent réunis au nombre de trois... ; il paraîtrait convenable de défendre expressément aux tribunaux de commerce d'appeler des suppléants, lorsque les juges siégent au nombre requis. — M. Réal pense que cette prohibition est nécessaire. Souvent, en effet, les suppléants ne sont appelés que par intrigue et pour faire triompher l'une des parties, et ils viennent avec une opinion toute formée. — M. Bégouen observe que..., dans les tribunaux de commerce, rien ne s'oppose à ce que les trois juges s'adjoignent deux suppléants, et qu'il y a même de

(1) Voy. ci-dessus, p. 270.

l'avantage à le leur permettre : car, plus le tribunal est nombreux, plus il y a de lumières et de garantie pour les plaideurs. — M. Treilhard dit que l'adjonction de suppléants, non nécessaire, est ordinairement l'effet de l'intrigue : la partie qui craint d'être condamnée fait trouver au tribunal ceux des suppléants qui sont ses amis.»

En définitive, la proposition de Merlin, adoptée par le Conseil d'Etat, a passé dans la loi. L'art. 626 est ainsi conçu : « Les « jugements, dans les tribunaux de commerce, seront rendus « par trois juges au moins; aucun suppléant ne pourra être « appelé que pour compléter ce nombre. »

De ce texte il faut évidemment conclure qu'un jugement est régulièrement rendu, non-seulement par trois juges titulaires, mais aussi par quatre, par cinq, etc. Au contraire, le jugement serait nul s'il était l'œuvre de trois titulaires et d'un suppléant, ou de deux titulaires et de deux suppléants. Du reste, il est universellement admis que les suppléants peuvent toujours assister aux débats et aux délibérations du tribunal, sauf à n'avoir que voix consultative s'il se trouve trois juges pour rendre la décision.

La manière dont s'exprime la loi nous conduit encore à dire qu'un jugement pourrait bien être rendu par un juge et deux suppléants, mais qu'il ne pourrait pas l'être par trois suppléants. En effet, d'après le texte, les suppléants peuvent être appelés pour *compléter* le nombre de trois ; ils ne peuvent pas, à eux seuls, le former.

Dans les tribunaux civils, le décret du 30 mars 1808 (art. 49) veut qu'en cas d'empêchement d'un juge il soit, pour compléter le nombre indispensable, remplacé ou par un juge d'une autre Chambre qui ne tiendrait pas audience dans le même temps, ou par un des juges suppléants, en observant, dans tous les cas et autant que faire se pourra, l'ordre des nominations. Dans les tribunaux de commerce, aucune loi ne prescrit d'observer un ordre quelconque entre les suppléants quand il faut appeler un ou deux d'entre eux pour compléter le tribu-

nal : il n'y aurait donc pas nullité du jugement par cela seul que, pouvant appeler le plus ancien des suppléants, on aurait appelé le plus jeune. De même, en cas d'empêchement du président, aucune loi ne prescrit de le remplacer par le juge le plus ancien. Comme le dit très-bien la Cour de cassation (1), « l'art. 626 du Code de commerce n'exige autre chose pour la « validité des jugements, en ce qui concerne la composition du « tribunal, si ce n'est qu'ils soient rendus par trois juges au « moins, et qu'aucun juge suppléant ne soit appelé que pour « compléter ce nombre. Cet article n'exige pas, comme les « art. 2 et 3 du décret du 30 mars 1808 et l'art. 41 du décret « du 6 juillet 1810, que le président absent ou empêché soit « remplacé par le juge le plus ancien selon l'ordre du ta- « bleau. » — « D'ailleurs, ajoute la Cour, les énonciations du « jugement attaqué font présumer que M. C. n'a été appelé à « présider le tribunal que parce que le président titulaire était « absent ou empêché, et qu'il était le plus ancien suivant l'or- « dre du tableau; que le juge suppléant n'a été appelé à com- « pléter le tribunal qu'à raison de l'insuffisance des juges titu- « laires pour le composer. » Il est, en effet, généralement admis que, quand les énonciations du jugement peuvent être entendues de deux manières, il faut s'arrêter de préférence au sens avec lequel tout s'est passé régulièrement. Par exemple, lorsque le jugement fait mention de la présence à l'audience de trois titulaires et d'un suppléant, on présumera que le suppléant n'a pas participé au jugement, parce qu'autrement il y aurait nullité.

— Non-seulement les suppléants sont appelés, à défaut de juges titulaires, pour compléter le tribunal, mais nous savons déjà (2) qu'à défaut de juges titulaires et de suppléants on appelle des commerçants inscrits sur la liste des notables. La première origine de cette règle se trouve dans une Ordonnance

(1) Arrêt de la Chambre des requêtes, du 17 juin 1856 (Dev-Car., 56, 1, 601).
(2) Voy., ci-dessus, p. 259 et suiv.

du 22 juillet 1566. La loi du 23 vendémiaire an IV *sur les récusations des juges* disait (art. 2) : « Dans les affaires susceptibles « d'être jugées en dernier ressort, la récusation péremptoire « pourra être exercée contre les juges des tribunaux de com- « merce de terre et de mer, qui seront remplacés par des sup- « pléants et, à leur défaut, par des négociants ou armateurs « appelés par les juges ou suppléants non récusés. » Le Code de 1807 n'avait point prévu le cas où l'on ne pourrait pas trouver trois membres du tribunal pour siéger conformément à l'art. 626. Le cas a été prévu par le décret du 6 octobre 1809 : aux termes de l'art. 4 de ce décret, « lorsque par des récusations ou « des empêchements, il ne reste plus dans les tribunaux de « commerce un nombre suffisant de juges ou de suppléants, « ces tribunaux sont complétés par des négociants pris sur la « liste formée en vertu de l'art. 619 du Code de commerce et « suivant l'ordre dans lequel ils y sont portés, s'ils ont d'ailleurs « les qualités énoncées en l'art. 620 de la même loi. »

Nous avons admis qu'un jugement ne serait pas valablement rendu par trois suppléants. A plus forte raison ne serait-il pas valablement rendu par trois commerçants notables, ni par deux suppléants et un commerçant notable, ni par un suppléant et deux commerçants notables. Un système différent avait été consacré en 1848. En effet, l'art. 2 de la loi du 28 août avait ajouté à l'art. 626 du Code plusieurs dispositions nouvelles et notamment la disposition suivante : « Un juge titulaire ou sup- « pléant au moins doit concourir à tout jugement du tribunal « de commerce, à peine de nullité. » Cette loi a été abrogée en 1852, et nous disons que la participation des notables commerçants au jugement est possible seulement en ce sens qu'il peut y avoir deux juges titulaires et un notable commerçant, ou bien un juge titulaire, un suppléant et un notable commerçant, ou bien enfin un juge titulaire et deux notables commerçants (1).

(1) Selon M. Bédarride (*op. cit.*, n° 119), en 1848 on avait voulu, non pas

On s'est demandé si les notables commerçants, appelés accidentellement à rendre la justice, doivent au préalable prêter serment. La Cour de Poitiers, dans son arrêt du 2 décembre 1824, dit avec raison que l'obligation de prêter serment n'est imposée qu'aux juges et aux suppléants; que, si cette obligation était rendue commune aux négociants appelés momentanément pour compléter le tribunal de commerce, ce serait rendre leur coopération impossible, puisque les tribunaux de commerce ne peuvent pas recevoir le serment de leurs membres, et que ce serment doit être prêté devant la Cour ou devant le tribunal civil dûment commis à cet effet. On peut ajouter, avec M. Bédarride (n° 117), que les avocats ou avoués appelés à compléter le tribunal civil ne prêtent point serment, et qu'il serait bizarre de se montrer plus exigeant quand il s'agit de compléter le tribunal de commerce.

Que décider si par impossible il arrivait qu'on ne trouvât ni suppléant ni notable commerçant pour compléter le nombre de trois que prescrit l'art. 626 ? Ce serait alors exactement comme si dans l'arrondissement il n'existait point de tribunal de commerce, et par conséquent la disposition de l'art. 640 deviendrait applicable (1).

— Le décret du 6 octobre 1809 contient, spécialement en ce qui concerne le tribunal de commerce de Paris, une disposition qui a son importance : aux termes de l'art. 5, ce tribunal est divisé en deux sections. En conséquence, il y a au tribunal de Paris ce qu'on appelle *le grand rôle* et *le petit rôle :* les affaires difficiles et compliquées sont placées au grand rôle ; les autres, qui sont de nature à être jugées très-sommairement, sont placées au petit rôle. Le grand rôle et le petit rôle ont chacun leurs jours d'audience distincts. Du reste, indépendamment de cette division, soit pour le grand rôle, soit pour le petit rôle, les ma-

introduire un droit nouveau, mais prévenir toute difficulté en précisant le sens de la loi. Cette idée, à mes yeux, est absolument inadmissible.

(1) Voy., en ce sens, M. Nouguier (*op. cit.*, t. III, p. 125) et les autorités qu'il invoque.

gistrats sont répartis en un certain nombre de *chambres*. Dans les tribunaux civils, aux termes des Ordonnances royales du 11 octobre 1820 et du 24 juillet 1825, le *roulement* se fait par année; quant au tribunal de commerce de la Seine, il est dans l'usage de faire un *roulement* tous les six mois.

VI. Par qui et comment sont jugées les affaires commerciales là où il n'existe pas de tribunal de commerce ?

La question avait été résolue par une Déclaration du 7 avril 1759. Voici le texte même de l'art. 2 de cette Déclaration : « Si « le défendeur est domicilié dans un bailliage ou sénéchaussée « dans l'étendue desquels il n'y ait pas de juridiction consu- « laire établie, les parties ne pourront se pourvoir dans aucunes « juridictions consulaires voisines, encore que la juridiction « consulaire voisine soit établie dans un bailliage qui soit le « siége principal du bailliage du domicile du défendeur ; mais « elles seront tenues de procéder par-devant les juges ordinai- « res du domicile du défendeur, auxquels nous enjoignons de « juger les causes consulaires sommairement et ainsi qu'il est « prescrit par l'Ordonnance du mois d'avril 1667 pour les ma- « tières sommaires, et de se conformer aux dispositions de l'Or- « donnance de 1673 et autres lois concernant les matières « consulaires, sans qu'ils puissent prononcer dans ces sortes d'af- « faires aucuns appointements et prendre aucune épice, à peine « de restitution et autres peines. »

La loi des 16-24 août 1790 disait également (Titre XII, article 13) : « Dans les districts où il n'y aura pas de juges de com- « merce, les juges du district connaîtront de toutes les matières « de commerce, et les jugeront dans la même forme que les « juges de commerce; leurs jugements seront de même sans « appel jusqu'à la somme de 1,000 livres, exécutoires nonob- « stant l'appel au-dessus de 1,000 livres en donnant caution, « et produiront dans tous les cas la contrainte par corps. »

Le projet de Code de commerce présenté par la Commission ne contenait aucune disposition sur le cas dont il s'agit. Mais,

dans la séance du Conseil d'Etat du 9 mai 1807, à propos de l'art. 2 du projet (aujourd'hui art. 615), M. Treilhard proposa d'exprimer que, dans les villes (1) où il ne serait pas placé de tribunaux de commerce, ces tribunaux seraient suppléés par les tribunaux de 1re instance ; et l'art. 2 fut adopté avec cet amendement. Plus tard, dans la séance du 8 août 1807, tenue sous la présidence de Napoléon, fut adoptée la rédaction définitive du Livre IV, contenant notamment les deux dispositions suivantes :

« Dans les arrondissements où il n'y aura pas de tribunaux « de commerce, les juges du tribunal civil exerceront les fonc- « tions et connaîtront des matières attribuées aux juges de com- « merce par la présente loi. »

« L'instruction, dans ce cas, aura lieu dans la même forme « que devant les tribunaux de commerce, et les jugements pro- « duiront les mêmes effets. »

Ces deux dispositions, qui forment dans le Code de commerce les art. 640 et 641, doivent nous arrêter quelques instants.

Dans tout arrondissement où il n'existe pas de tribunal de commerce, les affaires commerciales sont portées au tribunal civil, le tribunal civil fait fonctions de tribunal de commerce. Ainsi, pour citer un exemple qui nous est parfaitement connu, si un commerçant se trouve en état de cessation de paiements, c'est au tribunal civil qu'il appartient de déclarer la faillite, c'est un membre du tribunal civil qui devra être nommé juge-commissaire, etc. — Du reste, que l'affaire soit portée devant le tribunal de commerce, ou qu'à défaut de tribunal de commerce, elle soit portée devant le tribunal civil, dans les deux cas, la forme de l'instruction est la même, le jugement rendu produit les mêmes effets. La forme de l'instruction est la même : par conséquent, il y a toujours lieu d'appliquer les art. 414 et suiv. du Code de procédure, 642 et 643 du Code de commerce. Il en résulte notamment que l'affaire s'instruit

(1) Mot évidemment inexact : il fallait dire *dans les arrondissements*.

sans le ministère d'avoués. Cependant on l'a quelquefois contesté. On a dit : « Quand une affaire commerciale est portée en appel devant la Cour impériale, il faut recourir au ministère des avoués, conformément à l'art. 648 du Code de commerce : si la nature commerciale de l'affaire n'exclut pas le ministère des avoués devant la Cour impériale, pourquoi l'exclurait-elle devant le tribunal civil? » La réponse est facile : la loi charge la Cour impériale comme telle de connaître en appel des affaires commerciales : c'est là une attribution normale de la Cour, puisque l'appel des affaires commerciales n'est jamais porté que devant elle, et alors on comprend très-bien que la procédure soit toujours la même sans distinction entre les causes civiles et les causes commerciales. Au contraire, quand un tribunal civil connaît d'une affaire commerciale, c'est exceptionnellement, et, pour ainsi dire, en sortant de ses attributions propres : il est naturel qu'il emprunte alors les formes plus expéditives employées devant les tribunaux de commerce, et qu'ainsi les parties soient traitées autant que possible comme elles le seraient s'il existait un tribunal de commerce dans l'arrondissement. Cela, du reste, ne fait pas de doute dans la pratique.

Il résulte encore de notre art. 641 que le tribunal civil, jugeant comme tribunal de commerce, peut, quand il rejette le déclinatoire proposé, statuer, par un seul et même jugement, sur la compétence et sur le fond, conformément à l'article 425 du Code de procédure (1).

Enfin il peut arriver, comme nous le voyons dans les art. 426 et 427 du Code de procédure, que le tribunal de commerce, saisi d'une question commerciale, doive renvoyer les parties devant le tribunal civil pour être statué par celui-ci sur une question incidente relativement à laquelle le tribunal de commerce se trouve incompétent *ratione materiæ*. Ces art. 426 et

(1) Au contraire, en matière civile, aux termes de l'art. 172 du même Code de procédure, la *demande en renvoi* ne peut être réservée ni jointe au principal.

427 peuvent-ils recevoir leur application, lors même que c'est déjà le tribunal civil qui, à défaut de tribunal de commerce, est saisi de la demande principale? Je n'hésite pas à répondre affirmativement : lorsqu'à l'audience commerciale s'élève un des incidents dont il s'agit, le tribunal renvoie cet incident à l'audience civile pour y être statué avec l'assistance des avoués (1).

Notre art. 641 ne se borne pas à dire que, devant le tribunal civil jugeant une affaire commerciale, l'instruction aura lieu dans la même forme que devant les tribunaux de commerce ; il ajoute que le jugement du tribunal civil produira les mêmes effets que s'il émanait du tribunal de commerce. En conséquence, le jugement dont il s'agit est toujours exécutoire par provision, avec ou sans caution, conformément à l'article 439 du Code de procédure ; et, en principe, il emporte la contrainte par corps, conformément aux dispositions du Titre 1^er^ de la loi du 17 avril 1832 (2).

Le décret du 24 mai 1854, *portant fixation des émoluments attribués aux greffiers en matière civile et commerciale,* contient un § 2 spécialement consacré *aux greffiers des tribunaux civils qui exercent la juridiction commerciale.*

Il reste à examiner une question sur laquelle on a beaucoup discuté : lorsque le tribunal civil fait fonctions de tribunal de commerce, y a-t-il lieu d'appliquer l'art. 83 du Code de procédure, aux termes duquel certaines causes doivent nécessairement être communiquées au ministère public, qui de plus peut prendre communication de toutes autres causes quand il le juge convenable ?

La question a été pour la première fois portée devant la Cour de cassation en 1846. Par un jugement du 11 septembre 1845, le tribunal civil de Pontoise avait refusé au ministère public

(1) Le fond même serait renvoyé à l'audience civile dans le cas prévu par l'art. 636 du Code de commerce.

(2) Comp. l'art. 13 *in fine* du Titre XII de la loi de 1790, rapporté ci-dessus, p. 296.

le droit d'assister et de prendre la parole à son audience commerciale. Le Ministre de la justice ayant transmis ce jugement au procureur général pour le déférer à la Cour de cassation, un arrêt de la Chambre des requêtes, rendu, conformément aux conclusions de M. Dupin, le 21 avril 1846, décida que le tribunal civil, même quand il juge commercialement, conserve sa nature propre de tribunal civil, *doté par la loi même de son institution de la plénitude de juridiction, et dont le ministère public fait partie intégrante ;* que, par conséquent, le procureur du roi ou ses substituts doivent participer aux audiences commerciales de la même manière qu'aux audiences civiles : le tribunal de Pontoise ayant ainsi commis un excès de pouvoir, son jugement est cassé (1). Depuis, la Cour de cassation a constamment statué dans le même sens, et toujours par le même motif (2).

Les Cours d'appel ont suivi la doctrine de la Cour de cassation. Ainsi notamment dans un arrêt de la Cour de Poitiers, du 16 décembre 1847, il est dit que, si le législateur eût voulu établir une exception à la règle générale qui fixe la composition des tribunaux de 1re instance, il s'en serait expliqué d'une manière positive, et qu'il n'est point entré dans son intention de diminuer l'importance de ces tribunaux en modifiant leur composition.... (3).

Parmi les auteurs, M. Bédarride approuve également la doctrine dont il s'agit. Suivant lui, « la loi, en conférant aux « tribunaux civils la mission de juger en matière commerciale, « n'a point dérogé aux règles de leur organisation. Ils ne peu- « vent, dans aucun cas et sur aucune matière, prononcer que « s'ils sont régulièrement constitués ; or, pour que cette condi- « tion soit remplie, il faut, non-seulement que les juges siégent

(1) Dev.-Car., 46, 1, 300.

(2) Voy. les arrêts du 12 juillet 1847 (Dev. Car., 47, 1, 842), du 24 novembre 1847 (Dev.-Car., 48, 1, 48), du 5 avril 1848 (Dev. Car., 52, 2, 650, en note).

(3) Dev.-Car., 48, 2, 684. — Voy. encore les arrêts de la Cour de Rennes du 26 juin 1851 (Dev.-Car., 52, 2, 650) et de la Cour de Poitiers du 7 janvier 1856 (Dev.-Car., 56, 2, 556).

« en nombre requis, mais encore qu'ils soient assistés d'un offi-
« cier du parquet. L'absence du ministère public laisse donc le
« tribunal incomplet, enlève toute régularité à sa constitution
« et s'oppose à ce qu'il puisse juger légalement.... A-t-on ja-
« mais pensé à cette exclusion lorsque, sur l'appel, les affaires
« commerciales se trouvent soumises à l'appréciation de la
« Cour? Or, l'intervention du ministère public dans ce cas n'est
« motivée que par son existence même. Pourquoi en serait-il
« autrement lorsque cette existence se réalise devant le premier
« degré de juridiction ?... » (1).

Quelque imposantes que soient ces autorités, je crois que le texte et l'esprit de la loi veulent que le ministère public n'assiste pas aux audiences du tribunal civil jugeant commercialement. Evidemment l'art. 640 est bien en ce sens, quand il dit : « Les « juges du tribunal civil exerceront les fonctions attribuées aux « juges de commerce. » Cette expression, *les juges du tribunal civil* ne paraît pas être absolument synonyme de celle-ci : *le tribunal civil, y compris le procureur impérial ou son substitut.* De plus, la communication au ministère public semble bien être une forme de l'instruction ; cette forme étant nécessairement inapplicable quand la cause commerciale est portée au tribunal de commerce, peut-on sans violer l'art. 641 l'appliquer quand la même cause commerciale est portée au tribunal civil ? — En définitive, la Cour de cassation se borne à invoquer le principe que le tribunal civil a plénitude de juridiction. Mais il y a là une erreur manifeste. En effet, ceux qui admettent ce principe comme réellement existant dans notre législation en concluent que, si dans un arrondissement où il existe un tribunal de commerce une affaire commerciale est portée devant le tribunal civil, ce tribunal ne pourra pas d'office se déclarer incompétent ; mais alors très-certainement l'affaire commerciale sera instruite dans la forme habituellement suivie devant les tribunaux civils. Or, en présence de l'art. 641 du Code de commerce, il est im-

(1) *Op. cit.*, nos 31 et 32.

possible de soutenir qu'il doive en être de même lorsque c'est à défaut de tribunal de commerce que le tribunal civil connaît d'une affaire commerciale : donc le principe de la plénitude de juridiction, en supposant qu'il existe dans nos lois, n'a du moins aucune espèce d'application au cas qui nous occupe et doit être tenu pour complétement étranger à la disposition de notre art. 640 (1). — Quant à l'argument tiré par M. Bédarride de ce qui se passe en appel, je l'ai déjà réfuté par avance en montrant que le ministère des avoués est interdit devant le tribunal civil jugeant commercialement (2).

APPENDICE AU TITRE Ier.

ORGANISATION DES CONSEILS DE PRUD'HOMMES.

On rapporte ordinairement l'origine des conseils de prud'hommes à la loi du 18 mars 1806, *portant établissement d'un conseil de prud'hommes à Lyon*. Du reste, même avant 1789, des fonctions analogues à celles de ces conseils étaient exercées par les gardes ou syndics des communautés d'arts et métiers; à Lyon, un *tribunal commun*, composé de juges appartenant à la fabrique lyonnaise, conciliait les différends des fabricants de soieries et de leurs ouvriers.

La loi du 18 mars 1806 contenait un art. 34, ainsi conçu : « Il

(1) M. Bédarride en fait lui-même l'observation. « Même confiée aux « juges ordinaires, dit-il, la juridiction exceptionnelle ne perd rien de son « caractère : dans ce cas, le tribunal civil devient un tribunal de commerce, « et juge comme tel... Vainement exciperait-on de la plénitude de juridiction « qui lui appartient : ce qui est vrai lorsqu'il est appelé à prononcer en « matière ordinaire ne saurait l'être dans l'hypothèse de la mission excep- « tionnelle que l'art. 640 lui confère » (*op. cit.*, n° 437).

(2) Voy., en ce sens, l'excellente dissertation de M. Bourbeau, professeur à la Faculté de droit de Poitiers, et le jugement rendu par le tribunal civil de Jonzac le 19 mai 1846 (Dev.-Car., 46, 2, 433).

« pourra être établi, par un règlement d'administration publi-
« que, délibéré en Conseil d'Etat, un conseil de prud'hommes
« dans les villes de fabrique où le Gouvernement le jugera con-
« venable. » Conformément à cette disposition, des conseils de prud'hommes ont été créés dans un très-grand nombre de villes commerçantes et manufacturières. Paris n'a obtenu qu'à la fin de 1844 la juridiction dont il s'agit (1).

Le décret du 11 juin 1809 contient un règlement général sur les conseils de prud'hommes. Du reste, la rédaction de ce décret a été rectifiée par un avis du Conseil d'Etat du 20 février 1810.

En 1848, une des premières lois votées par l'Assemblée nationale, c'est la loi du 27 mai, contenant réorganisation des conseils de prud'hommes. Cette loi avait été complétée par une autre, du 6 juin suivant.

La loi aujourd'hui en vigueur est celle du 1er juin 1853, dont je vais indiquer les principales dispositions :

Aux termes de l'art. 1er, « les conseils de prud'hommes sont
« établis par décrets rendus dans la forme des règlements d'ad-
« ministration publique (2), après avis des chambres de com-
« merce ou des chambres consultatives des arts et manufactu-
« res (3). Les décrets d'institution déterminent le nombre des
« membres de chaque conseil. Ce nombre est de six au moins,
« non compris le président et le vice-président. »

Les membres des conseils de prud'hommes sont élus par les patrons, chefs d'atelier, contre-maîtres et ouvriers, appartenant aux industries dénommées dans les décrets d'institution, suivant les conditions que la loi détermine (art. 2).

1) Voy. l'Ordonnance royale du 29 décembre 1844. Il existe aujourd'hui à Paris quatre conseils de prud'hommes : un pour les métaux, un pour les tissus, un pour les produits chimiques et un pour les industries diverses.

(2) Comp. l'art. 615 du Code de commerce.

(3) En ce qui concerne les chambres de commerce et les chambres consultatives des arts et manufactures, comp. l'Ordonnance du 16 juin 1832, l'arrêté du 19 juin 1848, le décret du 3 septembre 1851 et le décret du 30 août 1852.

Aux termes de l'art. 3, « les présidents et les vice-présidents « des conseils de prud'hommes sont nommés par l'Empereur. « Ils peuvent être pris en dehors des éligibles. Leurs fonctions « durent trois années. Ils peuvent être nommés de nouveau. — « Les secrétaires des mêmes conseils sont nommés et révoqués « par le préfet, sur la proposition du président. »

Aux termes de l'art. 4, « sont électeurs : 1° les patrons, âgés de « vingt-cinq ans accomplis et patentés depuis cinq années au « moins, et domiciliés depuis trois ans dans la circonscription du « conseil ; 2° les chefs d'atelier, contre-maîtres et ouvriers, âgés « de vingt-cinq ans accomplis, exerçant leur industrie depuis cinq « ans au moins et domiciliés depuis trois ans dans la circonscrip- « tion du conseil. » Le Conseil d'Etat a décidé, le 31 mars 1864, qu'on doit considérer comme *patron* dans le sens de cet art. 4 celui qui, faisant le commerce de la bijouterie en boutique et n'ayant pas d'atelier, emploie, du reste, des ouvriers à façon, travaillant pour son compte sur des dessins et avec des matières qu'il leur fournit (1). On peut dire, en effet, que cet homme n'est pas seulement commerçant, qu'il est aussi fabricant.

« Sont éligibles les électeurs âgés de trente ans accomplis et « sachant lire et écrire » (art. 5). Cette disposition a été interprétée par le Conseil d'Etat, le 11 août 1859, en ce sens que la loi exige des éligibles les mêmes conditions qui sont requises pour être électeur, mais qu'elle ne subordonne pas l'éligibilité à la condition d'être inscrit sur la liste électorale (2).

Les patrons, réunis en assemblée particulière, nomment directement les prud'hommes patrons. Les contre-maîtres, chefs d'atelier, et les ouvriers, également réunis en assemblées particulières, nomment les prud'hommes ouvriers, en nombre égal à celui des patrons (art. 9). — Les conseils de prud'hommes sont renouvelés par moitié tous les trois ans (art. 10).

Soit dans la loi du 18 mars 1806, soit dans le décret du 11 juin 1809 et dans l'avis du Conseil d'Etat du 20 février 1810, on

(1) Dev.-Car., 64, 2, 311.
(2) Dev.-Car., 60, 2, 398.

distingue le *bureau particulier*, chargé de concilier les parties, et le *bureau général*, chargé de les juger lorsqu'elles n'ont pas pu être conciliées, et chargé aussi de la répression des contraventions. La loi de 1853 laisse subsister cette distinction. Aux termes de l'art. 11, « le bureau général est composé, indépendamment du président ou du vice-président, d'un nombre « égal de prud'hommes patrons et de prud'hommes ouvriers. « Ce nombre est au moins de deux prud'hommes patrons et de « deux prud'hommes ouvriers, quel que soit celui des membres « dont se compose le conseil. »

Les conseils de prud'hommes peuvent être dissous par un décret de l'Empereur, sur la proposition du ministre compétent (art. 16).

— Nous verrons que les conseils de prud'hommes rendent de véritables jugements, tantôt en premier et dernier ressort, tantôt en premier ressort seulement. Plusieurs articles de la loi du 1er juin 1853 parlent des *jugements des conseils de prud'hommes;* et le rapporteur de la Commission du Corps législatif disait très-bien que le *bureau général* est un véritable tribunal chargé d'appliquer la législation industrielle. En conséquence, on s'est demandé s'il y a lieu de faire application au président ou au membre d'un conseil de prud'hommes de l'art. 3 de la loi du 4 juin 1853 *sur la composition du jury,* portant que les fonctions de juré sont incompatibles avec celles de juge. Dans un arrêt de la Cour de cassation du 17 septembre 1858 il est dit que le président ou le membre d'un conseil de prud'hommes ne peut être considéré comme investi des fonctions habituelles de juge dans le sens de l'art. 3 de la loi du 4 juin 1853, ses fonctions, par leur nature spéciale, ne se rattachant pas à l'ordre judiciaire (1). Mais cela me paraît souffrir difficulté.

— La loi du 1er juin 1853 permet à l'Empereur de dissoudre un conseil de prud'hommes; il n'a pas encore été fait usage de cette faculté. Mais il peut se produire, et il s'est quelquefois

(1) Dev.-Car., 59, 1, 636.

produit, dans le sein de certains conseils, des infractions individuelles de nature à entraver le service. Cependant la loi, qui permet au Gouvernement de dissoudre le conseil, ne lui donne aucun droit sur chacun de ses membres. Il y avait là une lacune, qu'on a essayé de combler d'abord par le décret du 4 décembre 1854, puis par le décret du 8 septembre 1860. Ces décrets n'ayant atteint qu'imparfaitement le but qu'on se proposait, et, de plus, des doutes ayant été élevés sur leur constitutionnalité, le Gouvernement présenta au Corps législatif un projet de loi organisant d'une manière complète le régime disciplinaire des conseils de prud'hommes. Ce projet, après avoir été profondément modifié par la Commission, est devenu la loi du 4 juin 1864. En voici le texte :

ART. 1er. « Tout membre d'un conseil de prud'hommes qui, « sans motifs légitimes et après mise en demeure, se refuserait « à remplir le service auquel il est appelé, pourra être déclaré « démissionnaire. Le président constate le refus de service par « un procès-verbal contenant l'avis motivé du conseil, le pru- « d'homme préalablement entendu ou dûment appelé. Si le « conseil n'émet pas son avis dans le délai d'un mois à dater de « la convocation, il est passé outre. Sur le vu du procès-verbal, « la démission est déclarée par arrêté du préfet. En cas de « réclamation, il est statué définitivement par le Ministre de « l'agriculture, du commerce et des travaux publics, sauf re- « cours au Conseil d'Etat pour cause d'excès de pouvoir. »

ART. 2. « Tout membre d'un conseil de prud'hommes qui « aura manqué gravement à ses devoirs dans l'exercice de ses « fonctions, sera appelé par le président devant le conseil, pour « s'expliquer sur les faits qui lui sont reprochés. Si le conseil « n'émet pas son avis motivé, dans le délai d'un mois à dater « de la convocation, il est passé outre. Un procès-verbal est « dressé par le président. »

ART. 3. « Le procès-verbal est transmis par le préfet, avec « son avis, au Ministre. Les peines suivantes peuvent être pro- « noncées, suivant les cas : La censure, la suspension pour un

« temps qui ne peut excéder un mois, la déchéance. La cen-
« sure et la suspension sont prononcées par un arrêté ministé-
« riel ; la déchéance est prononcée par décret impérial. »

ART. 4. « Le prud'homme contre lequel la déchéance a été
« prononcée ne peut être élu aux mêmes fonctions pendant six
« ans à dater du décret impérial. »

Sous l'empire du décret du 8 septembre 1860, le Conseil d'E-tat a reconnu, le 27 février 1862, que la décision du Ministre qui prononce la suspension d'un prud'homme a un caractère purement disciplinaire et, à ce titre, n'est pas susceptible de recours par la voie contentieuse (1). Cela n'a pas cessé d'être vrai aujourd'hui.

— Il va sans dire que le ministère des avoués est interdit devant les conseils de prud'hommes comme devant les tribunaux de commerce. D'après le règlement du 20 février 1810 (art. 29), « Tout marchand fabricant, tout chef d'atelier, tout
« contre-maître, tout teinturier, tout ouvrier, compagnon ou
« apprenti, appelé devant les prud'hommes, sera tenu, sur une
« simple lettre de leur secrétaire, de s'y rendre en personne,
« au jour et à l'heure fixés, sans pouvoir se faire remplacer,
« hors le cas d'absence ou de maladie : alors seulement il sera
« admis à se faire représenter par l'un de ses parents, *négociant*
« *ou marchand exclusivement*, porteur de sa procuration. » Cette disposition n'a jamais été abrogée.

Il existe depuis très-longtemps, dans certaines villes maritimes, des *prud'hommes pêcheurs*, qu'il ne faut pas confondre avec les prud'hommes dont nous venons de parler. L'Ordonnance *de la Marine*, de 1681 (Livre V, Titre VIII, art. 6), s'exprime ainsi : « Dans les lieux où il y a des prud'hommes, les pêcheurs
« s'assembleront annuellement pour les élire par-devant les
« officiers de l'amirauté, qui recevront le serment de ceux qui
« seront nommés, et entendront sans frais les comptes des de-

(1) Dev.-Car., 62, 2, 143.

« niers de leur communauté. » Dans le commentaire de Valin sur l'Ordonnance de la Marine, on peut voir des détails curieux en ce qui concerne les prud'hommes pêcheurs de Marseille. De nos jours, la Cour de cassation a plusieurs fois reconnu l'existence de la juridiction dont il s'agit. Ainsi, je lis dans un arrêt de la Chambre criminelle, du 19 juin 1847, « que l'institution « des prud'hommes pêcheurs de Martigues, établie par la loi « des 16-20 avril 1791, et maintenue par l'arrêté des Consuls « du 23 messidor an IX, est régie, d'après ladite loi, par les « Statuts de la communauté des pêcheurs de Marseille, c'est-à- « dire par les arrêts du Conseil du 16 mai 1738, du 9 novem- « bre 1766, du 4 octobre 1778 et du 20 mars 1786; — que les- « dits prud'hommes ne rentrent dans aucune catégorie des « fonctionnaires énumérés dans les art. 479 et 483 du Code « d'instruction criminelle ; d'où il suit qu'en cas de délit com- « mis par eux, soit dans l'exercice de leurs fonctions, soit hors « de leurs fonctions, il n'y a pas lieu de procéder contre eux « d'après les formes particulières déterminées par ces arti- « cles... » (1).

(1) Dev.-Car, 47, 1, 667. — Voy. encore un arrêt de la Chambre des requêtes du 13 juillet 1847 (Dev.-Car., 48, 1, 400), et un jugement du tribunal de Montpellier, confirmé en appel le 3 avril 1856 (Dev.-Car., 56, 2, 525).

TITRE SECOND.

COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE (Ch. D.)

Il s'agit uniquement dans ce Titre de la compétence *ratione materiæ*. Nous avons à rechercher ici quelles actions doivent être portées devant les tribunaux de commerce, et non pas quel est précisément celui des tribunaux de commerce établis en France qui d'après les circonstances a qualité pour connaître de telle ou telle affaire commerciale.

Si une affaire purement civile se trouve avoir été portée devant un tribunal de commerce, tout le monde convient que, conformément à l'art. 170 du Code de procédure, l'incompétence peut être alléguée en tout état de cause, soit par le défendeur, soit par le demandeur, et qu'elle peut même être déclarée d'office par le tribunal. Ne doit-il pas en être ainsi dans le cas inverse, c'est-à-dire dans le cas où un tribunal civil (bien entendu en-dehors de l'hypothèse prévue par l'art. 640) se trouverait saisi d'une contestation de laquelle, aux termes des art. 631 et suivants du Code de commerce, ce sont les tribunaux de commerce qui doivent connaître ?

A en croire la jurisprudence et un assez grand nombre d'auteurs, dans ce dernier cas l'incompétence du tribunal civil est purement une incompétence *ratione personæ*, une incompétence relative : elle doit être proposée par le défendeur *in limine litis*, elle ne peut pas être prononcée d'office par le tribunal. C'est là un système que la Cour de cassation, en 1806, lors de la rédaction du Code de procédure, avait proposé d'admettre. Dans ses observations sur la compétence des tribunaux civils, se trouvait un art. 127, ainsi conçu : « Les tribunaux civils jugent « les affaires attribuées aux tribunaux de commerce, dans les « deux cas suivants : 1° s'il n'existe pas de tribunal de com-

« merce dans leur ressort ; 2° si le demandeur, qui aurait pu « agir devant le tribunal de commerce du ressort, porte son « action devant le tribunal civil, et si le défendeur n'oppose pas « l'exception déclinatoire avant toute autre exception dilatoire « ou péremptoire. » Cet article n'ayant point passé dans la loi, comment peut être soutenu, en droit, le système qui s'y trouvait formulé? Dans un arrêt de la Cour de cassation, du 10 juillet 1846, qui a servi de modèle à tous ceux qui ont suivi, on se borne à dire « que ce n'est pas à raison de la matière que les « tribunaux ordinaires sont incompétents pour connaître des « affaires de commerce ; que, si ces sortes d'affaires ont été « distraites de leur juridiction, c'est uniquement dans l'intérêt « des commerçants, dans la vue de faire juger promptement et « à moins de frais les contestations qui les concernent ; qu'il « suit de là qu'en matière de commerce l'incompétence des tri- « bunaux ordinaires est seulement relative, et que par consé- « quent elle peut être couverte..... » (1).

Cette jurisprudence me paraît complétement arbitraire. De ce que les tribunaux civils ont une compétence générale, de droit commun, tandis que les tribunaux de commerce ont une compétence exceptionnelle, il s'ensuit que, dans le doute, quand il n'est pas certain que telle nature d'affaires ait été attribuée aux tribunaux de commerce, nous devons dire que c'est aux tribunaux civils qu'il appartient d'en connaître (2) ; mais il ne s'ensuit pas le moins du monde que les tribunaux civils soient restés compétents pour connaître des affaires spécialement attribuées par la loi aux tribunaux de commerce. Henrion de Pansey, partant de l'idée qu'anciennement les tribunaux civils n'é-

(1) Voy. encore l'arrêt de la Cour de cassation du 20 novembre 1848 (Dev.-Car., 49, 1, 129), et l'arrêt de la Cour de Paris du 30 décembre 1853 (Dev.-Car., 54, 2, 120).

(2) C'est ce qu'exprime très-bien la Cour de Poitiers dans un arrêt du 7 janvier 1856, sur lequel j'aurai encore plus d'une fois occasion de revenir : « Dans tous les cas, dit la Cour, s'il y a doute sur la nature de la conven- « tion, ce doute doit être interprété en faveur du défendeur, dans le sens « de l'attribution à la juridiction civile ordinaire... » (Dev.-Car., 56, 2, 556.)

taient incompétents que *ratione personæ* pour connaître des affaires commerciales, Henrion de Pansey ajoute : « Il faut convenir « qu'en lisant la loi de 1790, on a peine à se défendre de l'idée « qu'il ait été dans l'intention du législateur moderne d'élever « un mur de séparation entre les tribunaux ordinaires et les « tribunaux extraordinaires, et de rendre les premiers incom- « pétents *à raison de la matière* pour les affaires attribuées aux « autres. » Effectivement, la loi des 16-24 août 1790 (Titre IV, art. 4) s'exprime ainsi : « Les juges de district connaîtront, en « première instance, de toutes les affaires, personnelles, réelles « et mixtes, en toutes matières, excepté seulement celles qui « ont été déclarées ci-dessus être de la compétence des juges « de paix, les affaires de commerce dans les districts où il y « aura des tribunaux de commerce établis, et le contentieux de « la police municipale. » Or, comme le fait très-justement remarquer un regrettable professeur, M. Benech (1), il faut nécessairement induire de ces expressions du législateur qu'il n'a entendu conférer aux juges de district aucune attribution sur les matières réservées aux juridictions exceptionnelles qu'il désigne, ou bien il faut considérer comme non avenue l'*exception* qu'il a si formellement établie.

Mais il est même absolument inexact de présenter le système de la jurisprudence comme ayant été reçu dans notre ancien droit : « Il y a incompétence *ratione materiæ*, dit Pothier, non- « seulement lorsque la demande est donnée devant un juge « d'attribution, sur quelque matière qui ne lui est point attri- « buée, mais même lorsqu'elle est donnée devant le juge ordi- « naire, sur une matière qui, suivant les Ordonnances et Edits, « a été distraite de la juridiction ordinaire et attribuée à quelque « juge d'attribution, comme si on formait une demande devant « le juge ordinaire sur une matière d'eaux et forêts ou sur une « matière consulaire » (2).

(1) Dissertation insérée dans le *Journal des avoués*, t. LVI, p. 265 et suiv.

(2) *Traité de la procédure civile*, première partie, chap. II, sect. IV, § 2 *De l'incompétence*.

Reste cette idée que nous trouvons exprimée dans tous les arrêts : *Si les tribunaux civils sont incompétents en matière commerciale, c'est uniquement dans l'intérêt des commerçants, et, par conséquent, l'incompétence dont il s'agit est susceptible d'être couverte si la partie qui pouvait s'en prévaloir y renonce.* Mais, comme le remarque encore M. Benech, le législateur a considéré ici moins l'intérêt privé des commerçants que l'intérêt général du commerce et de la société : cela est d'autant plus certain que les tribunaux de commerce ne connaissent pas seulement des contestations entre commerçants, mais qu'ils connaissent, entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce. Personne, apparemment, n'oserait soutenir que, dans une cause sommaire (voy. l'art. 404 du Code de procédure), le silence ou le consentement explicite de la partie suffirait pour légitimer le luxe d'une procédure ordinaire ; or, les matières commerciales peuvent être très-exactement comparées aux matières sommaires.

En somme, je suis pleinement convaincu qu'on ne peut, sans s'écarter du texte et de l'esprit de la loi, considérer l'incompétence des tribunaux civils en matière commerciale comme n'étant qu'une incompétence *ratione personæ*, et je ne désespère pas de voir les Cours et les tribunaux abandonner un jour la jurisprudence dans laquelle ils ont persévéré jusqu'à présent. A côté de M. Benech, on peut encore citer comme ayant combattu cette jurisprudence trois autres savants professeurs, Carré, Boncenne et Boitard (1).

Recherchons maintenant en détail quelles affaires sont de la compétence des tribunaux de commerce.

L'Edit de novembre 1563 s'exprimait ainsi : « Connaîtront les « juge et consuls des marchands, de tous procès et différends

(1) Carré, *Lois de la compétence*, t. VII, quest. 472 ; Boncenne, *Théorie de la procédure civile*, t. I, p. 322 ; Boitard, *Leçons de procédure civile*, 9e édition, t. I, n° 354. En sens contraire, voy. MM. Nougnier, *op. cit.*, t. II, p. 89 et suiv., et Bédarride, *op. cit.*, nos 195 et 196.

« qui seront ci-après mus entre marchands pour fait de mar-
« chandises seulement, leurs veuves, marchandes publiques,
« leurs facteurs, serviteurs et commettants, tous marchands,
« soit que lesdits différends procèdent d'obligations (1), cé-
« dules (2), récépissés, lettres de change ou crédit, réponses,
« assurances, transports de dettes et novations d'icelles, compte,
« calcul ou erreur en iceux, compagnies, sociétés jà faites ou
« qui se feront ci-après; desquelles matières et différends nous
« avons, de nos pleine puissance et autorité royale, attribué et
« commis la connaissance, jugement et décision, auxdits juge
« et consuls, et aux trois d'eux, privativement à tous nos
« juges... »

De même, dans la Déclaration du 28 avril 1563, Charles IX ordonne « que les juge et consuls des marchands, établis en la
« ville de Paris, connaissent et jugent en première instance de
« tous différends entre marchands habitants de Paris pour mar-
« chandise vendue ou achetée en gros ou en détail, sans que
« pour raison de ce notre Cour de Parlement à Paris ou autre-
« ment nos juges en puissent prendre aucune Cour, connais-
« sance et juridiction... Et quant à la marchandise vendue ou
« achetée ou promise livrer et paiement pour icelle destiné à
« faire en ladite ville par les marchands en gros ou en détail,
« tant habitants de ladite ville qu'autres juridictions et ressort
« de notre royaume, par cédules, promesses ou obligations, en-
« core qu'elles soient passées sous le scel de notre Châtelet de
« Paris, avons iceux juge et consuls desdits marchands de no-
« tredite ville de Paris déclaré et déclarons juges compétents,
« et à eux, en tant que besoin est, de nouvel attribué et attri-
« buons la connaissance et juridiction des différends qui naî-
« tront entre lesdits marchands pour les cas que dessus. »

Il paraît bien résulter de ces dispositions qu'un non-marchand, pour quelque cause qu'il fût poursuivi, ne pouvait ja-

(1) Actes notariés.
(2) Actes sous seing privé.

mais se trouver soumis à la juridiction consulaire. L'Ordonnance de 1673 (Titre XII, art. 2) contient sur ce point une innovation remarquable : « Les juge et consuls, y est-il dit, connaîtront de « tous billets de change faits entre négociants et marchands, ou « dont ils devront la valeur, et, entre toutes personnes, pour « lettres de change ou remises d'argent faites de place en « place. »

D'après la loi des 16-24 août 1790 (Titre XII, art. 3) il devait être « fait un règlement particulier pour déterminer d'une manière « précise l'étendue et les limites de la compétence des juges de « commerce. » Mais, à ma connaissance, ce règlement particulier n'a point été fait, et c'est seulement dans le Code de commerce que nous trouvons des indications précises en ce qui concerne cette compétence.

Dans le projet rédigé par la Section *de législation* du Conseil d'Etat sur la compétence des tribunaux de commerce (1), comme dans l'art. 631 du Code, on distingue nettement deux classes de contestations qui doivent être portées devant la juridiction consulaire, savoir : 1° les contestations relatives aux engagements et transactions entre négociants, marchands et banquiers; 2° les contestations qui peuvent s'élever entre toutes personnes relativement à des actes de commerce.—Nous pouvons immédiatement remarquer dans la loi une véritable bizarrerie. D'une part, dans l'art. 631 on oppose aux actes qui en eux-mêmes sont actes de commerce les engagements et transactions entre commerçants; et, d'autre part, aux termes de l'art. 632, la loi répute actes de commerce... toutes obligations entre commerçants. Il y a là évidemment une rédaction qui laisse un peu à désirer. Toujours est-il qu'à la simple lecture du texte on reconnaît immédiatement que la cause qui rend compétent le tribunal de commerce est tantôt la nature propre de l'acte, indépendamment de la qualité des personnes qui peuvent y

(1) Projet présenté au Conseil d'Etat par M. Bigot-Préameneu, dans la séance du 8 novembre 1806.

avoir concouru, et tantôt, au contraire, la qualité des personnes ou des agents, l'acte en lui-même n'ayant rien d'essentiellement commercial. Dans le premier cas, on dit habituellement que le tribunal a une compétence *réelle*, tandis que dans le deuxième il a une compétence *personnelle*.

A côté de la compétence *réelle* et de la compétence *personnelle*, M. Bravard reconnaît, dans un certain cas, aux tribunaux de commerce ce qu'il appelle une compétence *mixte* (1). Leur compétence ici dépend tout à la fois de la nature propre de l'acte considéré en lui-même et de la qualité de commerçants chez ceux qui sont liés par l'acte en question.

Nous devons étudier successivement les cas de compétence réelle, les cas de compétence personnelle et les cas de compétence mixte. Mais tout d'abord nous devons montrer que les auteurs du Code de commerce ne sont arrivés que graduellement à reconnaître la triple cause de compétence qui vient d'être indiquée.

Dans la séance du Conseil d'Etat du 8 novembre 1806, tout le monde paraît d'accord pour admettre exclusivement la compétence *réelle*. « M. Cretet dit qu'il est un point sur lequel il importe de se fixer avant tout... Il s'agit de savoir si, pour soumettre un particulier à la juridiction des tribunaux de commerce, on s'arrêtera à la matière de la convention ou à la qualité de la personne. Les rédacteurs du projet de Code ont pensé qu'il convenait de se déterminer par la nature des actes et des faits, et c'est ce qui les a portés à ne pas employer les termes de l'Ordonnance de 1673. Leur opinion est juste : on ne doit pas faire une classe particulière de justiciables, mais faire juger commercialement tout ce qui est affaire de commerce, sans examiner si les parties ou l'une d'elles font ou ne font pas habituellement la profession de négociant. » — « M. Bigot-Préameneu dit que la Section *de législation* n'entend point faire résulter la compétence de la qualité des personnes : aucun

(1) Voy., ci-dessus, p. 224 et 225.

article de son projet ne peut le faire supposer. » — « M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely dit que l'explication donnée par M. Bigot-Préameneu prouve qu'on est d'accord, et que le Conseil, par la rédaction qu'il vient d'adopter, a décidé que la juridiction des tribunaux de commerce doit être réglée sur la nature des actes et non sur la qualité des personnes; qu'au surplus ce principe est celui de l'Ordonnance de 1673, laquelle a toujours été ainsi entendue dans l'usage et par tous les commentateurs. » — Toutefois, M. Defermon et M. Treilhard pensent qu'il faut réserver la question de savoir si la signature d'un billet à ordre doit rendre justiciables des tribunaux de commerce tous ceux qui se la sont permise.

Dans l'*Exposé de motifs*, fait par M. Maret, à la séance du Corps législatif du 4 septembre 1807, nous lisons ce qui suit : « Depuis la publication de l'Ordonnance de 1673, surtout de- « puis 1789, le commerce est devenu la profession d'un bien « plus grand nombre de Français... Tel se livre habituellement « au négoce; tel autre ne fait qu'accidentellement des actes qui, « sous certains rapports, sont de véritables actes de commerce. « De là on avait conclu que la compétence des tribunaux de « commerce se déterminait par le fait qui donnait lieu à la « contestation; que, si ce fait était un acte de commerce, celui « qui y avait pris part, quelle que fût sa qualité, était justiciable « d'un tribunal de commerce... Mais, si la loi a dû dire : *Tel acte « est réputé fait de commerce*, n'en est-il pas tels autres qui le « sont si évidemment qu'il n'y a point d'examen à faire pour « les qualifier? Oui, sans doute; mais c'est en considérant, « comme le fait la loi, la qualité des personnes qui ont contracté. « Et en effet il est constant que les engagements et transactions « entre négociants, marchands et banquiers, sont des actes po- « sitifs de commerce, à moins qu'il ne s'agisse de denrées et « marchandises achetées pour leur usage particulier... Il suit de « ces considérations que la compétence des tribunaux de com- « merce a dû être déterminée soit par la nature de l'acte sur lequel « il y aura contestation, soit par la qualité de la personne. »

Enfin la compétence mixte apparaît nettement dans le discours prononcé par le tribun Delpierre, à la séance du Corps législatif du 14 septembre 1807. « Le projet, dit M. Delpierre, « admet en même temps, dans le billet à ordre, le caractère « civil et le caractère commercial... Quand le billet à ordre sera « souscrit alternativement d'individus négociants et d'individus « non négociants, tous les signataires indistinctement, en cas « de contestations, ressortiront des tribunaux de commerce, « qui prononceront contre les uns la contrainte par corps et « ordonneront sur les autres l'exécution mobilière. Il fallait « donner à la même autorité le droit de rendre ces deux es- « pèces de jugements sur une matière indivisible de sa nature ; « et, comme dans les causes mixtes, c'est l'objet le plus grave « qui entraîne celui qui l'est moins, il était juste de déférer aux « tribunaux de commerce la connaissance de ce genre de diffé- « rends. »

— Laissons de côté pour le moment ce qui concerne la compétence mixte. L'art. 631, nous le savons déjà, pose clairement le principe que la compétence du tribunal de commerce peut tenir tantôt à la nature de l'acte qui donne lieu au procès, et tantôt à la qualité des personnes entre lesquelles cet acte est intervenu. Voici le texte même de cet article, tel que nous le trouvons dans le Code de 1807 : « Les tribunaux de commerce « connaîtront : 1° de toutes contestations relatives aux engage- « ments et transactions entre négociants, marchands et ban- « quiers; 2° entre toutes personnes, des contestations relatives « aux actes de commerce. »

Cet article, pris au pied de la lettre, donnerait certainement lieu à une erreur. On pourrait croire que, du moment qu'il s'agit de l'obligation contractée par un commerçant envers un autre commerçant, de la transaction (c'est-à-dire de la convention) conclue entre deux ou plusieurs commerçants, le procès qui peut en résulter est toujours de la compétence du tribunal de commerce. Mais c'est là une idée beaucoup trop générale ; et, pour s'en convaincre, il suffit de lire

le premier alinéa de l'art. 638, lequel est ainsi conçu : « Ne « seront point de la compétence des tribunaux de commerce... « les actions intentées contre un commerçant, pour paiement de « denrées et marchandises achetées pour son usage particulier. » La vérité, c'est que personne, pas plus le commerçant que le non-commerçant, ne peut être jugé par le tribunal de commerce à l'occasion d'un acte qui n'est pas commercial. Mais alors que signifie la distinction formulée dans l'art. 631? Elle signifie simplement que tel acte, qui peut être un acte civil aussi bien qu'un acte commercial, sera présumé légalement être un acte commercial par cela seul qu'il émanera d'un commerçant, tandis qu'il faudrait plutôt admettre la présomption inverse s'il émanait d'un non-commerçant. Au fond, la compétence du tribunal de commerce est toujours réelle ; mais ce tribunal est souvent présumé compétent, en raison de la qualité de la personne auteur de l'acte qui donne lieu au procès. Le deuxième alinéa de l'art. 638 contient une application remarquable de cette idée. C'est un point qui a déjà été indiqué par M. Bravard (1) et sur lequel j'aurai encore l'occasion de revenir.

— C'est ici le lieu de remarquer que, d'après la loi du 17 uillet 1856, qui a supprimé l'arbitrage forcé (2), les tribunaux de commerce connaissent aujourd'hui des contestations entre associés, pour raison d'une société de commerce. En conséquence, a été ajoutée aux dispositions du texte primitif de l'art. 631 une disposition nouvelle (qui porte le n° 2). L'art. 631 mentionne donc actuellement trois classes distinctes de contestations qui sont de la compétence des tribunaux de commerce. — De ce que la loi attribue expressément aux tribunaux de commerce la connaissance des contestations qui peuvent naître *entre associés* pour raison d'une société de commerce, il ne faudrait pas conclure *à contrario* que ces tribunaux sont

(1) Voy., ci-dessus, p. 234 et suiv.
(2) Voy. notre t. Ier, p. 478 et suiv.

incompétents pour toute autre contestation à laquelle peut donner lieu une société de commerce. Nous verrons, par exemple, qu'abstraction faite de la loi du 17 juillet 1856 et conformément aux principes généraux du Code, les tribunaux de commerce peuvent avoir à connaître des contestations entre la société et ses créanciers.

Nous pouvons maintenant étudier en détail les principales actions qui sont de la compétence des tribunaux de commerce.

I. — *Principaux cas de compétence réelle.*

Il est de principe que les tribunaux de commerce connaissent, entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce. Ce principe est clairement formulé dans l'art. 631 du Code; mais déjà dans notre ancienne jurisprudence il était admis, au moins par certains auteurs et par certains tribunaux. Jousse, commentant les mots ENTRE MARCHANDS dont se servaient les Ordonnances (1), s'exprime ainsi : « On doit « mettre de ce nombre ceux qui s'immiscent dans le négoce, et « qui achètent des marchandises pour les revendre et y gagner, « quand même ils n'auraient été ni apprentis ni maîtres, et « quand même ils exerceraient des professions différentes de celle « du commerce... Les bourgeois et autres qui ne sont ni mar- « chands ni artisans, même les officiers, qui se mêlent d'acheter « et de vendre, sont réputés marchands, quoiqu'ils n'aient ni « boutique, ni magasins, ni registres, et sont, en cette partie, « sujets à la juridiction consulaire, quoiqu'ils ne fassent le com- « merce qu'en passant... Un ecclésiastique qui ferait le com- « merce serait même sujet à cette juridiction. Ainsi jugé par un « arrêt du 9 août 1607. »

Assurément les termes de l'art. 631 *in fine* sont assez formels pour nous autoriser à croire que, depuis la promulgation du

(1) Voy. ci-dessus, p. 312 et 313.

Code, jamais tribunal n'a fait de la qualité de commerçant une condition sans laquelle on ne pourrait être traduit devant la juridiction consulaire. La Cour de Paris est cependant tombée dans cette singulière aberration. Une société commerciale ayant fait faillite, les syndics assignent P., l'un de ses débiteurs, devant le tribunal de commerce, en paiement de 34,000 fr.; le tribunal condamne P. Mais, sur l'appel, la Cour de Paris infirme, attendu qu'il n'a pas été prouvé que P. fût commerçant et qu'en conséquence le tribunal de commerce était incompétent. Cet arrêt a été cassé, comme il devait l'être (le 3 juin 1817), « attendu qu'il suppose qu'il faut nécessairement avoir la qualité « de négociant pour être justiciable des tribunaux de commerce, en quoi il contrevient à l'art. 631... » (1).

— Les tribunaux de commerce connaissent de toute contestation qui s'élève au sujet d'un acte de commerce. Il importe donc avant tout de bien savoir ce que c'est qu'un acte de commerce. Malheureusement la rédaction de la loi, sous ce rapport, n'est pas d'une exactitude parfaite. En effet, aux termes des art. 632 et 633, *la loi répute actes de commerce* une série d'actes qui évidemment ne doivent pas être mis sur la même ligne, mais auxquels s'appliquent des règles un peu différentes. Ces actes, à mon sens, doivent être répartis en trois classes. La première classe comprend ceux qui supposent chez l'agent l'intention de réaliser un profit au moyen d'une spéculation, par conséquent en s'exposant à des risques : tel est l'achat de denrées et marchandises pour les revendre ou même pour en louer simplement l'usage (art. 632, n° 1); ceci n'est qu'un exemple, et je crois qu'il faut considérer comme étant *acte de commerce* par la force des choses toute opération qui implique ainsi l'idée d'une spéculation. Appliquées aux actes de cette première classe, les expressions de la loi : *sont réputés actes de commerce*, manquent un peu d'exactitude. La seconde classe se compose de certains actes que la loi répute commerciaux sans qu'il y ait à rechercher dans

(1) Dalloz, *Jurispr. gén*, v° *Compétence commerciale*, n° 46.

chaque espèce quelle a été l'intention des parties : nous avons ici une présomption de la loi, présomption qui n'admet pas la preuve contraire : tel est le cas d'une opération de change, banque ou courtage (art. 632, n° 4). Conformément à la règle générale posée en tête de l'art. 1350 du Code Napoléon, un acte ne peut jamais être considéré comme rentrant dans cette seconde classe qu'en vertu d'une disposition spéciale de la loi. Enfin, dans la troisième classe, je fais rentrer les actes que la loi présume actes de commerce, mais en admettant la preuve contraire : c'est le cas des obligations contractées entre négociants, marchands et banquiers (art. 632, n° 6, et art. 638 *in fine*). Nous y reviendrons en parlant de la compétence *personnelle* des tribunaux de commerce.

Telle est, du moins à mon sens, la classification la plus logique des actes de commerce (1).

(1) Au fond, mes idées, sur ce point, ne diffèrent pas sensiblement de celles de M. Bravard : voy. t. I^er^, p. 47 et 52; comp. ci-dessus, p. 225 et suiv. — Mais les notions que je trouve dans les auteurs me paraissent, en général, vagues, incomplètes ou arbitraires. A cet égard, je citerai seulement ce que disent MM. Delamarre et Lepoitvin (*Traité de droit commercial*, t. I, p. 77 et suiv.) :

« De l'analyse des art. 631 et suiv. il résulte quatre catégories d'actes :

« 1° Les uns ont le caractère commercial *re ipsâ*, à raison de la nature « même des choses qui en sont l'objet. Dans cette première catégorie se « rangent les lettres de change et tous actes quelconques concernant le « commerce maritime.

« 2° D'autres empruntent leur caractère de la qualité des personnes qui « les ont faits ou fait faire. Les actes de cette deuxième catégorie ne sont « pas commerciaux d'une manière absolue, ils ne le sont que par relation. « La loi suppose que tout engagement d'un commerçant se rapporte à son « commerce et entre dans le cercle de ses opérations habituelles, si le « contraire n'est pas prouvé par la nature de la chose ou l'évidence du « fait...

« 3° D'autres actes ne se caractérisent que par l'intention de celui qui « les exerce ou les a commandés. Cette troisième catégorie, à la différence des « deux autres, n'est pas explicitement comprise dans le Code ; mais elle y est « virtuellement impliquée, et résulte principalement de l'art. 631 *in fine* « combiné avec le § 1^er^ de l'art. 638. En effet, acheter des marchandises « n'est point en soi un acte de commerce ; il faut, de plus, qu'on les achète « pour les revendre ou pour en louer l'usage... Il est donc des actes qui

Avant de passer à l'explication détaillée des cas prévus aux art. 632 et suiv., je dois encore faire ici une observation générale, laquelle, du reste, paraît admise, en principe, par tous les auteurs. Lorsque deux personnes contractent ensemble, il peut très-bien se faire qu'une seule de ces personnes ait l'intention de spéculer : en conséquence, le contrat unique qui intervient se trouve être un acte de commerce pour l'une des parties et un acte purement civil pour l'autre. Sur le principe, je le répète, tout le monde paraît être d'accord (1) ; quant aux applications dont il peut être susceptible, quant au point de savoir quel sera le tribunal compétent, nous nous en occuperons plus tard.

Recherchons maintenant les principaux actes qui constituent des actes de commerce ou qui du moins doivent être considérés comme tels. Nous les étudierons, autant que possible, dans l'ordre même du Code.

1. *Achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, ou même pour en louer simplement l'usage.* — Cette matière a été traitée

« ne deviennent commerciaux que par l'intention de celui qui les fait, et « la troisième catégorie se trouve par là complétement justifiée...

« 4° Une quatrième catégorie est celle de certains actes que la loi n'a « *commercialisés* que parce qu'ils sont des moyens de commerce. Le cour- « tier et l'agent de change ne sont pas commerçants : car quel commer- « çant est celui auquel il est défendu, sous les peines les plus sévères, de « faire, en aucun cas et sous aucun prétexte, des opérations de commerce « ou de banque pour son compte? Mais la médiation du courtier et de l'a- « gent de change est un instrument de commerce, et voilà pourquoi elle « est *commercialisée*. Le commissionnaire et le préposé ou facteur ne sont « pas, il est vrai, des intermédiaires; mais, agents auxiliaires, ils n'en sont « pas moins indispensables à la prospérité et à l'extension du commerce, « et par ce motif la commission et la préposition sont qualifiées actes de « commerce... »

(1) Voy. ce que dit M. Bravard, t. I, p. 51. Comp. MM. Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Acte de commerce*, n° 19; Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 350; Molinier, *Traité de droit commercial*, t. I, n° 29; Orillard, *De la compétence et de la procédure des tribunaux de commerce*, n° 245; Alauzet, *op. cit.*, t. IV, n° 2015.

avec beaucoup de soin par M. Bravard (1), et je n'aurai guère ici à faire autre chose qu'à développer ses idées.

L'expression dont se sert la loi me paraît être purement énonciative. La règle doit être formulée en termes plus larges, de la manière suivante : *Toute acquisition, à titre onéreux, de denrées ou de marchandises, faite dans un but de spéculation.*

Je dis *toute acquisition à titre onéreux* et non pas *tout achat*. En effet, peu importe que les denrées ou marchandises soient acquises *à titre d'échange* ou *à titre d'achat proprement dit*. L'achat est une espèce d'échange, ou, suivant l'expression de M. Bravard, c'est un échange perfectionné. Il est tel pays qui donne des productions d'une grande valeur, productions qu'on ne peut se procurer sur les lieux qu'au moyen d'échanges, parce que, comme le suppose expressément l'art. 340 du Code de commerce, *le commerce dans ce pays ne se fait que par troc*. Ne serait-il pas absurde que ceux qui vont chercher ces productions pour les vendre ensuite en France fussent considérés comme n'ayant pas fait acte de commerce, par cela seul qu'ils ont fourni, non pas de l'argent, mais d'autres valeurs? Du reste, je ne sache pas qu'il y ait discussion sur ce point (2). Il faut donc admettre, avec M. Molinier, que, si le propriétaire qui vend les denrées provenant de son crû ne fait pas en cela un acte de commerce (art. 638, 1er alinéa), au contraire le propriétaire qui en échange de ces denrées reçoit d'autres denrées ou des marchandises sur lesquelles il entend spéculer fait très-bien acte de commerce et se soumet, par conséquent, à la juridiction commerciale.

La loi suppose qu'on spécule sur des *denrées* ou *marchandises*. Le mot *denrées* désigne des produits destinés à la consommation de l'homme ou des animaux; il n'est guère possible de l'appliquer aux immeubles. Mais le mot *marchandises* a sans

(1) Ci-dessus, p. 225.

(2) Voy. MM. Dalloz, *loc. cit.*, no 27; Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 353; Molinier, *op. cit.*, no 12. Comp. M. Massé, *Le droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, t. IV, no 2660.

aucun doute un sens plus large. Toutes choses que certaines personnes font métier de vendre peuvent être appelées *marchandises*. Ne faut-il pas en conclure que celui qui achète un immeuble pour le revendre en détail et pour bénéficier sur cette revente fait un acte de commerce? Jusqu'à présent ni les auteurs ni la jurisprudence n'ont voulu l'admettre. Je conviens qu'il est tout au moins très-douteux que le législateur ait entendu comprendre même les immeubles sous la dénomination de *marchandises*, attendu que, dans le langage ordinaire, cette dénomination s'applique exclusivement à des valeurs mobilières et même pas à toutes; je conviens aussi que le texte met sur la même ligne l'achat de marchandises *pour les revendre* et l'achat de marchandises *pour en louer simplement l'usage*, et qu'alors, si on considérait comme acte de commerce l'achat d'un immeuble pour le revendre, on serait conduit à considérer aussi comme acte de commerce l'achat d'un immeuble pour le donner à bail, ce qui cependant n'est guère admissible. Je conviens de tout cela. Mais en même temps je tiens pour incontestable qu'il est arrivé plus d'une fois à la jurisprudence de passer par-dessus des textes au moins aussi clairs que celui de notre art. 632; et j'ajoute que, si en définitive la jurisprudence n'ose pas le faire, il serait utile et conforme aux véritables principes que le législateur vînt proclamer la possibilité pour les immeubles d'être considérés comme objets de spéculations proprement dites et par conséquent d'actes de commerce.

Faisons pour un instant abstraction des textes et recherchons *à priori*, d'après les seules indications de la raison, ce qui constitue essentiellement l'achat *civil* et l'achat *commercial*. Quant à moi, je ne puis trouver d'autre *criterium* que celui-ci : L'acheteur a-t-il l'intention de consommer la chose, ou bien encore de la garder pour s'en servir ou pour en tirer des produits suivant sa nature? Alors l'achat est purement *civil*. Au contraire, l'acheteur a-t-il l'intention, non pas de profiter de la chose elle-même et de ses qualités propres, mais de spéculer

sur l'envie ou sur le besoin que des tiers pourront avoir d'en profiter? Considère-t-il lors de l'achat, non pas un avantage qu'il retirerait de la chose elle-même d'après sa nature, mais uniquement un avantage à retirer de tel ou tels contrats qu'il pourra faire à l'occasion de cette chose devenue sienne? Alors l'achat est *commercial*, car l'acheteur n'a vu dans la chose qu'un objet de trafic et de spéculation, qu'une marchandise. S'il en est ainsi, il faut nécessairement arriver à reconnaître que l'achat d'un immeuble, comme l'achat de choses mobilières, peut constituer, suivant les cas, soit un acte purement civil, soit un acte de commerce. Donc, quand j'achète une maison, nous ne distinguerons pas si j'ai l'intention de l'habiter tout entière avec ma famille, ou bien de la louer, en totalité ou en partie, à une seule personne ou à plusieurs : dans tous les cas, j'aurai fait un acte purement civil, attendu que, louer ma maison, c'est une manière ordinaire et naturelle d'en jouir, ce n'est point spéculer. Lors au contraire que j'achète un domaine dans l'intention de le morceler, de le revendre en détail, et d'allécher ainsi les personnes de fortune médiocre désireuses d'acquérir de la terre, il est manifeste que je fais une pure spéculation : ce n'est pas le désir de devenir propriétaire foncier qui me guide, c'est uniquement l'idée d'acheter 100 ce que je pourrai revendre 200, c'est uniquement l'espoir de gagner une certaine somme au moyen de conventions habilement conclues. La commercialité de l'opération saute aux yeux (1).

(1) Je lis effectivement dans un jugement du tribunal de commerce de Poitiers, du 2 juillet 1849, « que par la dénomination de *marchandises* il « faut entendre sans exception tout ce qui a été acheté, non pour un be- « soin personnel, mais en vue d'une spéculation quelconque ; que, si dès « les premiers temps de la promulgation du Code de commerce les juris- « consultes les plus renommés ont été unanimes pour refuser le caractère « commercial à la vente des biens en détail, il faut bien remarquer qu'à « cette époque la vente des biens en détail par spéculation était chose « presque inconnue ou tout au moins peu pratiquée ; que, si la dénomina- « tion de *marchandises* se donne maintenant même à des choses purement « intellectuelles, telles que le droit de propriété des auteurs de produc- « tions littéraires, artistiques ou scientifiques, de procédés particuliers ou

Quels sont donc les motifs si puissants qui ne permettent pas de s'en tenir à ces données simples et rationnelles? A cet égard, voici d'abord ce que je trouve dans l'ouvrage de M. Massé : « Economiquement parlant, le commerce n'est pas autre chose « que le transport des marchandises d'un lieu à un autre; en « d'autres termes, le commerce met à notre portée les objets « de nos besoins, qui n'y seraient pas sans cela : ce qui, bien « évidemment, ne s'entend que des objets mobiliers » (1). Si, comme le dit d'abord M. Massé, il ne pouvait y avoir commerce que là où il y a transport matériel de certaines choses d'un lieu à un autre, il s'ensuivrait nécessairement que le commerce ne peut s'appliquer qu'aux meubles, qu'un immeuble ne peut jamais être l'objet d'un acte de commerce. Mais M. Massé reconnaît lui-même que c'est là une idée arbitraire, que le transport matériel des choses n'est point de l'essence du commerce, puisqu'il s'empresse d'ajouter : *Le commerce met à notre portée les objets de nos besoins, qui n'y seraient pas sans cela.* Attachons-nous à cette idée : celui qui achète un immeuble pour le revendre en détail, le *marchand de biens* comme on l'appelle avec raison, fait certainement acte de commerce, puisqu'il met de la terre à portée de ceux qui, vu l'exiguïté de leur fortune, ne peuvent en acheter qu'une petite étendue. M. Massé s'est donc véritablement contredit lui-même.

« de découvertes des arts et de l'industrie, il est bien rationnel de penser que « ce serait aller contre le vœu de la loi et les nécessités de l'époque que « de ne pas déclarer acte commercial l'acquisition d'un immeuble faite avec « l'intention de le revendre en détail et dans le but vrai de se procurer des « bénéfices... » (Dev.-Car., 50, 1, 593). A la vérité, ce jugement a été infirmé. — D'autre part, un notaire Bonar ayant été poursuivi devant le tribunal de commerce de la Seine à l'occasion d'immeubles qu'il avait achetés pour les revendre, le tribunal se déclara incompétent; mais, sur l'appel, la Cour infirma le jugement, par un arrêt du 12 juillet 1842, rendu sur les conclusions conformes de M. Nouguier, avocat-général (journal *le Droit* du 14 juillet). D'autres décisions dans le même sens, toutes de la Cour de Paris, sont rapportées par M. Dalloz, *Jurispr. gén.*, v° *Acte de commerce*, n° 41.

(1) *Op. cit.*, t. II, n° 1382.

Un deuxième motif a été mis en avant. « Dans l'esprit de « l'art. 632 du Code de commerce, dit M. le conseiller Mesnard, « pour qu'une chose soit réputée marchandise, il ne suffit « pas qu'elle soit susceptible d'achat et de vente; il faut, de « plus, que la transmission de main en main soit prompte et « facile, et que, par sa nature, elle se prête, à l'aide d'un prix « courant habituellement déterminé, au trafic et aux rapides « mouvements de la spéculation... De toutes ces conditions, « facilité de transmission, valeur vénale habituellement déter- « minée par un prix courant, simplicité des transactions, rapi- « dité des échanges et de la consommation, il n'en est aucune « qui puisse convenir aux immeubles et aux biens fonds. La « transmission ne s'en opère qu'avec des formes lentes et com- « pliquées; la valeur vénale, incertaine et variable, en est sou- « vent déterminée plutôt par la convenance de la situation que « par le produit réel. Ils ne changent de main qu'en traînant « à leur suite, pour la plupart du temps, un cortége d'hypo- « thèques et de charges réelles qui entravent leur marche et ne « les laissent arriver aux mains d'un nouvel acquéreur qu'après « un long et difficile travail de dégagement et d'affranchissement. « Comment des choses d'un déplacement si lent et si difficile se « pourraient-elles prêter aux allures tout à la fois si simples et « si rapides de la spéculation commerciale? Comment serait- « il possible de faire intervenir les procédés expéditifs de la ju- « ridiction commerciale dans les contestations auxquelles don- « nent naissance les contrats, souvent hérissés de difficultés, « qui, sous des formes si variées et si savantes, assurent la ré- « gulière transmission des immeubles? » Ces idées ont été consacrées par la Cour de cassation, dans son arrêt du 4 juin 1850 (1). Elles se réduisent à ceci : *L'aliénation ou l'acquisition d'un immeuble suppose trop de formalités, s'opère avec trop de lenteur, pour pouvoir constituer un acte de commerce.* Elles au-

(1) J'ai rapporté le texte même des *considérants* de l'arrêt, t. I, p. 47, en note.

raient certainement une grande valeur si nous devions admettre qu'il est de l'essence de tout acte de commerce de s'effectuer simplement et rapidement. Mais devons-nous réellement l'admettre? Je n'en crois rien. La Cour de cassation me paraît avoir pris ici un caractère accidentel pour le caractère essentiel des actes de commerce. Certes il y a des actes civils qui se concluent et se consomment aussi simplement, aussi rapidement que possible; et, réciproquement, il y a des actes de commerce, tels que le contrat d'assurance, qui supposent certaines formalités et qui peuvent donner lieu aux difficultés les plus sérieuses, aux questions les plus subtiles. D'ailleurs, l'aliénation même ou l'hypothèque d'un immeuble peut très-certainement être soumise dans certains cas à l'appréciation des tribunaux de commerce (1).

En somme, je ne vois aucune bonne raison pour proclamer l'impossibilité absolue que l'achat d'un immeuble constitue un acte de commerce.

Du reste, il est généralement admis que celui qui achète du propriétaire le droit de démolir la maison pour vendre les matériaux ou le droit de faire une coupe de taillis ou de futaie pour vendre ensuite le bois qui en proviendra, que celui-là fait un acte de commerce : en réalité il achète des objets mobiliers, et il les achète pour les revendre (2).

(1) Par exemple, dans le cas des art. 6 et 7, 446 et 447 du Code de commerce. Comp. ce que dit M. Bravard, ci-dessus, p. 233 et 234.

(2) Voy. MM. Nouguier, *op. cit.*, t. I, p 361; Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 42; Molinier, *op. cit.*, n°s 14 et 15; Bédarride, *op. cit.*, n°s 210, 211 et 221. Ce dernier auteur cite un arrêt de la Cour d'Aix qui décide que le fait d'affermer un bois de chênes-liége pour un certain temps et pour une quantité d'extractions déterminée, dans le but de revendre les écorces, constitue un acte de commerce.

Aux termes de l'art. 1er de la loi du 5 juin 1851, « les ventes publiques vo« lontaires, soit à terme, soit au comptant, de fruits et de récoltes pen« dants par racines, et des coupes de bois taillis, seront faites en concur« rence, et au choix des parties, par les notaires, commissaires-priseurs, « huissiers et greffiers de justice de paix, même dans le lieu de la résí« dence des commissaires-priseurs. » Quant aux ventes publiques des coupes de bois de haute futaie ou des matériaux provenant d'une mai-

Dans le langage vulgaire, l'argent monnayé et les *meubles incorporels* ne sont certainement pas compris sous la dénomination de *marchandises*. De plus, les termes employés par le législateur (*achat de denrées et marchandises pour les revendre, soit en nature, soit après les avoir* TRAVAILLÉES *et* MISES EN ŒUVRE, *ou même pour en louer simplement l'usage*) semblent bien indiquer que sa pensée ne s'est pas portée sur les choses dont il s'agit. On admet cependant, et on a parfaitement raison, que celui qui se procure certaines pièces de monnaie, ou des droits de créance, même purement civils, dans l'intention de spéculer sur ces objets, de les revendre avec bénéfice, que celui-là fait un acte de commerce (1).

son à démolir, elles sont exclusivement dans les attributions des notaires. Mais, dans ce dernier cas comme dans le précédent, il s'agit toujours de l'achat d'objets mobiliers (voy. M. Demolombe, *Traité de la distinction des biens*, nos 156 et suiv.) : en conséquence, il n'y a jamais lieu, de la part de l'acheteur, à la transcription ni aux formalités de la purge.

Non-seulement celui qui achète une coupe à faire ou une maison à démolir, achète des objets mobiliers ; mais je suis même disposé à croire qu'en vertu du contrat il n'acquiert immédiatement qu'un simple droit de créance, et non un droit réel. Voy. M. Mourlon, *Traité de la transcription*, t. I, no 9. Comp. M. Valette, *Traité des priviléges et des hypothèques*, no 129.

(1) Voy. MM. Dalloz, *op.* et vo *cit.*, nos 44 et suiv.; Molinier, *op. cit.*, no 20; Massé, *op. cit.*, t. II, nos 1386 et suiv.; Bédarride, *op. cit.*, nos 215-220. — M. le conseiller Mesnard, dans son rapport déjà cité, s'exprime ainsi :

« Il a été fait assez de science et d'érudition autour du mot *marchan-*
« *dises*. Contentons-nous, pour en déterminer la portée, des vulgaires res-
« sources du sens commun. Dans l'esprit de l'art. 632 du Code de com-
« merce, pour qu'une chose soit réputée marchandise, il ne suffit pas
« qu'elle soit susceptible d'achat et de vente; il faut, de plus, que la trans-
« mission de main en main soit prompte et facile, et que, par sa nature,
« elle se prête, à l'aide d'un prix courant habituellement déterminé, au
« trafic et aux rapides mouvements de la spéculation. Il est visible que,
« dans cette acception toute simple, toute naturelle, où rien n'est forcé,
« où tout cependant paraît compris, les choses mobilières seules se pré-
« sentent comme satisfaisant aux conditions que sous-entend le mot *mar-*
« *chandises*. Que les choses mobilières incorporelles viennent se ranger,
« comme vous l'avez décidé, sous cette définition, il n'y a pas à s'en éton-
« ner... Mais, alors que des meubles corporels ou incorporels on arrive
« aux immeubles, évidemment on passe sans intermédiaire, sans raison,

Que décider en ce qui concerne l'achat d'un fonds de commerce? D'abord, s'il est établi, en fait, que l'acheteur se propose, non pas d'exploiter lui-même le fonds, mais de le revendre avec bénéfice, il paraît incontestable qu'il fait un acte de commerce. Quant à l'hypothèse où l'acheteur se propose de garder le fonds pour l'exploiter, la jurisprudence nous fournit de nombreux monuments qui se contredisent les uns les autres. Je crois qu'ici encore il faut dire qu'il y a de la part de cet acheteur un acte de commerce : en effet, il achète un certain objet, une sorte de meuble incorporel, il l'achète uniquement pour faire le commerce, pour spéculer. La plupart du temps, en achetant le fonds, il achète les marchandises qui se trouvent en magasin ; or, en nous attachant à ces marchandises, nous sommes littéralement dans le cas prévu par notre art. 632, n° 1. L'achat du fonds de commerce comprend aussi habituellement l'achat de l'achalandage et l'achat du droit au bail ; et, sans doute, considérés en eux-mêmes, ces deux achats, surtout le dernier, sont des actes purement civils. Je le reconnais, en principe ; mais je dis que, dans l'espèce, ces achats, n'étant que des accessoires de l'achat du fonds, étant des actes sans lesquels l'acheteur ne pourrait pas faire le commerce qu'il a en vue, il est naturel d'admettre qu'ils prennent le caractère de l'opération à laquelle ils accèdent, et qu'ainsi l'opération tout entière constitue de la part de l'acheteur un acte de commerce (1).

Lorsqu'un homme, fût-il même aujourd'hui non-commerçant, achète l'ouvrage d'un auteur, sans distinguer si cet acheteur se charge ou non de l'impression, si l'impression est déjà faite ou à faire, du moment qu'il se propose de mettre l'ouvrage en vente, de vendre les exemplaires, il faut dire qu'il fait acte de commerce :

« d'une nature de choses à une autre. » (Dev.-Car., 50, 1, 593). J'avoue que je ne puis parvenir à trouver une raison sérieuse pour distinguer ainsi entre les meubles incorporels et les immeubles.

(1) Voy. MM. Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n°s 58 et suiv. ; Molinier, *op. cit.*, n° 21 ; Massé, *op. cit.*, t. II, n° 1390 *in fine* ; Alauzet, *op. cit.*, t. IV, n° 2023 ; Bédarride, *op. cit.*, n° 214.

il achète pour revendre, et l'ouvrage, à son point de vue, aussi bien que chaque exemplaire, n'est qu'une marchandise (1). — J'en dis autant de celui qui achète un brevet d'invention pour l'exploiter; et cette doctrine n'est point contraire à l'arrêt de la Cour de Paris, du 16 novembre 1852, lequel se borne à constater qu'au moment du contrat la chose vendue n'était pas encore marchandise, et que la destination industrielle qui pouvait lui être donnée plus tard par le fait de l'acheteur ne change pas la nature de l'acte *au regard du vendeur*, qui n'a fait qu'une vente civile (2). Il y a donc ici quelque chose d'analogue à ce qui arrive quand un propriétaire vend à un marchand les produits de son fonds : le vendeur fait un acte purement civil, l'acheteur fait un acte de commerce.

Le restaurateur, qui achète des denrées alimentaires pour les revendre soit en nature, soit après les avoir préparées, fait certainement acte de commerce. On a jugé plusieurs fois qu'il en est autrement de l'instituteur ou du maître de pension qui achète les provisions qu'il doit fournir à ses élèves. En effet, la personne dont il s'agit contracte principalement l'obligation de donner une certaine instruction aux jeunes gens qu'on lui confie, et elle fait ainsi un acte purement civil : les contrats qu'elle doit faire en vue de pourvoir à l'entretien de ses élèves sont essentiellement accessoires. On ne peut admettre que la pensée de l'instituteur soit de gagner de l'argent en spéculant sur la consommation qui se fait dans sa maison. On peut dire aussi que l'instituteur ne doit pas être et n'est pas un *entrepreneur de fournitures* (3). — Par application d'une idée analogue, il a été plusieurs fois décidé que le médecin ou officier de santé, en achetant des drogues pour préparer les médicaments que la loi du 21 germinal an XI (art. 27) l'autorise à fournir aux malades près desquels il est appelé, dans les localités où il

(1) Voy. M. Massé, *op. cit.*, t. II, n° 1392.
(2) Dev.-Car., 52, 2, 677.
(3) Voy. MM. Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n°s 96 et suiv.; Bédarride, *op. cit.*, n° 231.

n'existe point de pharmacie, ne fait pas acte de commerce (1).

Toutes les fois que la marchandise achetée doit être revendue avec une chose principale, de manière qu'on ne puisse pas considérer cette marchandise comme objet direct de la revente, l'achat qui en est fait ne constitue un acte de commerce qu'autant que la vente qui doit avoir lieu serait elle-même commerciale. C'est là une observation qui peut s'appliquer à un grand nombre de cas, à des cas bien dissemblables en apparence. Ainsi l'artiste qui vend le tableau ou la statue produit de son pinceau ou de son ciseau ne fait certainement pas un acte de commerce, personne ne dira qu'il vend des couleurs ou du marbre : nous en conclurons qu'en achetant les couleurs ou le bloc de marbre il n'a pas fait non plus acte de commerce (2). Même décision quant à l'écrivain qui, voulant publier lui-même son ouvrage, achète le papier sur lequel il doit être imprimé. Ainsi encore le propriétaire de vignobles, vendant le vin qu'il retire de son fonds, ne fait pas un acte de commerce : donc, en achetant les tonneaux dans lesquels il renferme son vin avant de le vendre et qu'il vendra avec lui, il n'a pas fait non plus un acte de commerce : il n'achète les tonneaux que pour mieux vendre son vin, il ne songe guère à spéculer sur les tonneaux (3).

— Aux termes de notre art. 632, peu importe qu'on achète les denrées ou marchandises pour les revendre ou qu'on les achète pour en louer simplement l'usage : dans les deux cas, l'achat est également un acte de commerce. Effectivement, l'a-

(1) Voy. notamment l'arrêt de la Cour de Rennes, du 20 janvier 1859 (Dev.-Car., 59, 2, 256).

(2) Au contraire, l'artisan (serrurier, charron), qui achète des matières premières (du fer, du bois) pour les revendre après les avoir façonnées, fait en cela un acte de commerce. Voy. l'arrêt de la Cour de Colmar du 28 mai et l'arrêt de la Cour d'Orléans du 25 juin 1850 (Dev.-Car., 51, 2, 13 et 487). Voy. aussi l'arrêt de la Cour de Bourges, du 20 juin 1856 (Dev.-Car., 56, 2, 682).

(3) Voy. MM. Bravard, ci-dessus, p. 226; Dalloz, *op.* et v° *cit.*, nos 85, 87, 88 et 109; Molinier, *op. cit.*, n° 25; Alauzet, *op. cit.*, t. IV, n° 2020; Bédarride, *op. cit.*, n° 230.

cheteur peut faire une véritable spéculation sur la location tout aussi bien que sur la revente. Je citerai, comme exemple ne pouvant donner lieu à aucune difficulté, le cas d'un homme qui achète des voitures ou des chevaux pour les tenir à la disposition de tous ceux qui voudront s'en servir. J'en dirais autant du maître d'un café, d'un hôtel garni, etc., achetant les meubles à l'aide desquels il pourra exploiter son établissement.

Supposons que le propriétaire d'un terrain y fasse construire un bâtiment qui dans sa pensée doit servir à l'exploitation d'un café et qu'il entend louer à un limonadier. Dans l'espérance de rendre cette location plus avantageuse, il achète lui-même et place dans l'établissement les objets nécessaires pour l'exploitation dont il s'agit : l'achat qu'il fait ainsi est-il un acte de commerce? A cet égard, M. Nouguier (1) propose la distinction suivante : « Des glaces sont placées dans un parquet faisant corps avec la boiserie, des tables de marbre sont scellées « à plâtre ou à chaux, des statues sont placées dans des niches « pratiquées exprès pour les recevoir : ces objets mobiliers sont « devenus immeubles par destination, conformément à l'art. 525 « du Code civil, et leur location ne constitue pas plus un acte « de commerce que la location même du fonds dont ils sont « l'accessoire. Mais, au contraire, des banquettes mobiles, des « rideaux, des porcelaines et cristaux, sont achetés et placés « dans le fonds : comme ils conservent leur nature mobilière, « leur achat est commercial, même lorsqu'il a été fait pour être « loués avec le fonds, parce que, restant essentiellement dis- « tincts, ils n'en sont plus l'accessoire indispensable. » Cette distinction a été repoussée (2), et elle devait l'être. En effet, à côté de l'art. 525 du Code Napoléon, se trouve l'art. 524, aux termes duquel les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds sont immeu-

(1) *Op. cit.*, t. I, p. 367.

(2) Voy. MM. Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n° 126; et Bédarride, *op. cit.*, n° 244.

bles par destination. Il semble bien résulter de cet article que, dans l'espèce, même les banquettes mobiles, les rideaux, les porcelaines et cristaux, deviennent immeubles par destination. L'achat des différents objets cités par M. Nouguier doit donc avoir toujours la même nature. Suivant M. Dalloz, il constitue toujours un acte civil; suivant M. Bédarride, au contraire, il constitue toujours un acte de commerce. Comme on déciderait sans doute que, dans l'espèce supposée, l'achat du terrain et l'achat des matériaux destinés à la construction sont des actes purement civils, quelle que soit la destination que doit recevoir le bâtiment, je ne vois aucune bonne raison pour traiter autrement l'achat des glaces, des tables, des tapis, etc. Le but principal que se propose le propriétaire est de louer, aussi avantageusement que possible, un immeuble approprié à un certain genre de commerce : il paraît difficile de le considérer comme faisant une spéculation proprement dite (1).

Notre art. 632 s'applique littéralement lorsqu'un homme *achète* des marchandises pour en louer l'usage. La règle sera-t-elle différente si l'homme, au lieu d'*acheter* les marchandises, les a lui-même *prises à loyer* pour ensuite les *relouer* ou *sous-louer*? Je ne vois aucune bonne raison pour distinguer : l'esprit de spéculation existe dans un cas comme dans l'autre. Ainsi, les individus qui les jours de fêtes tiennent des chaises à la disposition du public ont fait acte de commerce quand ils ont pris ces chaises à loyer, tout aussi bien que quand ils les ont achetées (2). — Mais on comprend que la jurisprudence ne veuille pas voir un acte de commerce dans le fait de louer des immeubles pour les sous-louer avec bénéfice (3).

— A s'en tenir au texte de la loi, l'achat de marchandises

(1) La Cour de Colmar a effectivement jugé, le 28 novembre 1849, que le bail d'une usine et de son mobilier industriel ne constitue pas un acte de commerce de la part du propriétaire, bien qu'il ait le caractère commercial à l'égard du preneur (Dev.-Car., 51, 2, 331).

(2) Voy. en ce sens MM. Dalloz, *op. et v° cit.*, n° 148; Nouguier, *op. cit*, t. I, p. 368; Molinier, *op. cit*, n° 26.

(3) Arrêt de la Cour de Paris, du 13 juillet 1861 (Dev.-Car., 61, 2, 568).

n'est un acte de commerce qu'autant que l'acheteur se propose de les revendre ou d'en louer l'usage. Mais il ne paraît pas possible de donner à ces expressions un sens limitatif. Nous dirons d'une manière générale, et la jurisprudence est complétement entrée dans cette voie, bien que, sous l'empire de l'Ordonnance de 1673, Jousse professât une opinion contraire (1), que l'achat est un acte de commerce toutes les fois que, dans la pensée de l'acheteur, il se rattache à une spéculation, toutes les fois par exemple que la chose achetée doit servir accessoirement au commerce de l'acheteur. La Cour de cassation, dans son arrêt du 1er décembre 1851, pose effectivement en principe que l'achat est commercial dès qu'il se rattache à l'exercice du commerce de l'acheteur : il s'agissait, dans l'espèce, d'un commissionnaire qui avait acheté une voiture pour y mettre des échantillons de marchandises et pouvoir se transporter plus facilement dans les divers lieux où il espérait faire des placements (2). Déjà, par son arrêt du 28 juin 1843, la Cour de cassation avait reconnu qu'une compagnie de chemin de fer, qui achète des matériaux pour la construction de la voie, fait en cela un acte de commerce (3). Enfin la même Cour, par un arrêt de cassation, du 11 avril 1854, a décidé qu'on ne peut pas considérer comme achetées pour l'usage particulier des membres d'une compagnie d'éclairage par le gaz les tôles destinées et employées à la toiture de l'usine servant à leur exploitation industrielle et commerciale, et qu'en conséquence l'achat dont il s'agit est un acte de commerce (4).

— Dans les différents cas étudiés jusqu'ici, pour que l'achat soit un acte de commerce, il ne suffirait pas que par le fait les denrées ou marchandises achetées eussent été revendues, ou que l'usage en eût été loué, ou enfin qu'elles eussent servi au

(1) Voy. M. Nouguier, *op. cit.*, t. 1, p. 393 et suiv.; et M. Bédarride, *op. cit*, nos 224 et suiv.

(2) Dev.-Car., 52, 1, 23. — Comp. M. Bravard, ci-dessus, p. 235.

(3) Dev.-Car., 43, 1, 574.

(4) Dev.-Car., 54, 1, 299.

commerce de l'acheteur. Il faut toujours, essentiellement, qu'elles aient été achetées par un homme qui les achetait dans le but de les revendre, d'en louer l'usage, ou de les faire servir accessoirement à l'exercice de son commerce : la commercialité de l'achat dépend absolument de l'intention de l'acheteur. Si j'ai acheté des denrées ou marchandises pour mon usage personnel, et qu'ensuite, trouvant une occasion de les revendre avec bénéfice ou d'en faire une location avantageuse, je profite de cette occasion, l'achat n'en a pas moins été un acte purement civil, et il reste tel. A l'inverse, si j'ai acheté certains objets pour spéculer sur la revente ou sur la location, et qu'ensuite je me décide à les garder pour moi, l'achat dans le principe a été un acte de commerce, et il reste tel malgré le changement de destination de la chose. — Maintenant, comment saurons-nous que l'acheteur a eu l'intention de revendre ou de louer? Nous le présumerons, si cet acheteur est commerçant. S'il n'est pas commerçant, il y aura là une pure question de fait, abandonnée aux lumières et à la prudence du juge, lequel au surplus pourra former sa conviction à l'aide de tous les moyens de preuve sans exception (1).

— Lorsqu'un homme achète des denrées ou marchandises pour les revendre ou pour en louer simplement l'usage, *l'achat* ainsi fait constitue un acte de commerce : c'est la disposition même de la loi. Mais cet acheteur n'exerce-t-il pas un nouvel acte de commerce lorsqu'il *revend* les denrées ou marchandises dont il s'agit ou lorsqu'il en *loue l'usage*? Sur ce point, la loi ne contient pas de disposition explicite; et la question ne comporte pas une réponse absolue. Si les choses se passent conformément à l'intention qu'avait l'acheteur au moment où il s'est procuré les denrées ou marchandises, si au bout d'un certain temps il revend ou donne à loyer les objets achetés précisément dans ce but, sans difficulté cette revente ou cette loca-

(1) Voy. M. Bravard, ci-dessus, p. 226. Comp. MM. Dalloz, *op.* et v° *cit.*, nos 51 et suiv.; Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 361 et suiv.; Molinier, *op. cit.*, nos 17 et 18; Bédarride, *op. cit.*, nos 203 et suiv.

tion constitue un acte de commerce : comme le dit très-bien M. Bravard (1), l'achat, d'une part, la revente ou la location, d'autre part, se rattachent à une spéculation unique dont ils forment les deux éléments : chacun de ces deux éléments est également empreint du caractère commercial. Par conséquent, de même que le tribunal de commerce eût été compétent pour connaître de l'action intentée contre notre spéculateur par son vendeur, de même ce tribunal sera compétent pour connaître de l'action intentée contre ce même spéculateur par son acheteur ou par son locataire.

Toutefois la question a été vivement discutée. Voici comment M. Dalloz s'était d'abord exprimé : « L'art. 632 ne répute actes « de commerce que les *achats* pour revendre ; il laisse les *ventes* « sous l'empire du droit commun. Lorsque les rédacteurs du « Code ont voulu que la vente ou revente fût un acte de com- « merce, ils ont pris soin de l'exprimer, comme on le voit dans « l'art. 633, à l'égard des ventes et reventes de navires, etc. « D'ailleurs, on peut trouver la raison de la différence établie « entre la vente et l'achat, dans l'inconvénient qu'il y aurait eu « à multiplier les attributions des tribunaux de commerce et à « surcharger cette juridiction exceptionnelle de la connaissance « d'une infinité de contestations qui peuvent s'élever entre les « consommateurs et les marchands en détail. Ce serait entraver, « en effet, le cours rapide de la justice commerciale, sans uti- « lité réelle pour le commerce, qui n'est pas essentiellement « intéressé à ce que ces sortes de contestations soient vidées avec « plus de célérité que les contestations purement civiles. » — M. Coin-Delisle (2) ajoute que c'est dans l'intérêt du commerce qu'ont été établies et la juridiction commerciale et la contrainte par corps, et que ce serait en intervertir l'usage que de les accorder à de simples particuliers contre les commerçants.

Je n'aurai pas besoin de réfuter en détail ces considérations,

(1) Ci-dessus, p. 226.
(2) *Traité de la contrainte par corps*, p. 76.

qui ne me paraissent point solides. C'est un soin dont M. Dalloz s'est chargé lui-même, dans sa nouvelle édition : « Cette doc-« trine, dit-il, a contre elle des raisons très-puissantes et de « nombreuses autorités... Si, au lieu de s'attacher trop stricte-« ment à la lettre de l'art. 632, on veut s'élever à la pensée « de la loi, on admet difficilement l'idée que la législation, qui « qualifie *acte de commerce* l'achat avec intention de revendre, « ait pu entendre dénier ce caractère au fait même de la re-« vente, c'est-à-dire à la réalisation de la condition nécessaire « pour imprimer à l'achat le caractère commercial. La rédac-« tion de l'art. 632 laisse sans doute beaucoup à désirer ; néan-« moins ces mots *achat de denrées ou marchandises pour les re-« vendre* peuvent se prêter assez naturellement à l'idée que la « loi a attaché le caractère commercial non-seulement à l'a-« chat pour revendre, mais encore à la revente des choses qui « ont été achetées dans cette intention. L'expérience montre, « au surplus, que les contestations entre les consommateurs et les « marchands en détail sont assez rares : on peut donc en laisser « la décision aux tribunaux de commerce, quand l'action est « intentée par le consommateur, sans craindre de ralentir le « cours de la justice consulaire » (1).

Comme le remarque M. Bédarride (2), en ce dernier sens on peut tirer un argument *a contrario*, qui n'est pas sans valeur, de la disposition contenue dans le premier alinéa de l'art. 638. Si la loi prend la peine de dire que la vente, faite par un propriétaire, cultivateur ou vigneron, de denrées provenant de son crû, n'est point un acte de commerce, c'est qu'il en est autrement de la vente de denrées faite par un homme qui les avait achetées pour les revendre.

Cette doctrine raisonnable a été plusieurs fois consacrée par la jurisprudence (3). Je me bornerai à citer un arrêt de la Cour

(1) *Jurispr. gén.*, v° *Acte de commerce*, n° 30.

(2) *Op. cit.*, n° 212.

(3) « Dans la pratique, dit M. Molinier (*op. cit.*, n° 27), j'ai vu journel-« lement porter devant les tribunaux de commerce les demandes en réso-

de Poitiers, du 7 janvier 1856. Dans l'espèce, le sieur F., propriétaire et fermier, avait pris envers un boulanger l'engagement de lui fournir pendant un an tout le blé nécessaire au service de sa boulangerie; l'engagement n'ayant pas été exécuté, S. assigne F. devant le tribunal civil de Napoléon-Vendée, jugeant comme tribunal de commerce. Le tribunal ayant rejeté le déclinatoire opposé par F., la Cour infirme ce jugement, « attendu que, pour que la fourniture promise, dont l'étendue « n'est pas fixée, constituât un acte de commerce, il faudrait « qu'il eût été au moins allégué que F., pour la remplir, serait « obligé d'acheter le blé qu'il livrerait à S., et que cela n'est « pas même articulé... » (1).

J'ai toujours supposé que l'homme qui avait acheté des denrées ou marchandises avec l'intention de les revendre ne s'est jamais départi de cette intention, qu'il a effectué la revente à la première occasion favorable qui s'est présentée. La revente alors ne peut être qu'un acte de commerce. Mais supposons qu'ayant d'abord acheté un objet avec l'intention de le revendre, je me sois ensuite décidé à le garder pour mon usage personnel : si plus tard, quand l'objet a cessé de me plaire, quand il est usé, je prends le parti de m'en défaire, il n'y a point là de ma part un acte de spéculation, et la vente devra être considérée comme n'ayant rien de commercial.

— Pour compléter les explications qui viennent d'être données sur le n° 1 de l'art. 632, je crois utile de parler dès à présent d'une innovation considérable apportée, en ce qui concerne l'enregistrement des marchés et traités commerciaux, par la loi du 11 juin 1859 (budget de 1860).

La loi du 22 frimaire an VII (art. 69, § v, n° 1) soumettait à un droit de 2 p. 100 les adjudications, ventes, reventes, cessions, rétrocessions, marchés, traités, et tous autres actes, soit

« lution de vente intentées par les particuliers contre les marchands de « bestiaux, à raison des vices rédhibitoires dont se trouvaient atteints les « animaux vendus. »

(1) Dev.-Car., 56, 2, 556.

civils, soit judiciaires, translatifs de propriété, à titre onéreux, de meubles, récoltes de l'année sur pied, coupes de bois taillis et de haute futaie, et autres objets mobiliers généralement quelconques... On voit que, sous le rapport de l'enregistrement, il n'y avait pas à distinguer entre les actes purement civils et les actes de commerce. Cet état de choses présentait de graves inconvénients, auxquels on a voulu porter remède en 1859. L'art. 22 de la loi du 11 juin est ainsi conçu : « Les marchés et traités ré-
« putés actes de commerce par les art. 632, 633 et 634 n° 1 du
« Code de commerce, faits ou passés sous signature privée, et don-
« nant lieu au droit proportionnel, suivant l'art. 69 § III n° 1
« et § V n° 1 de la loi du 22 frimaire an VII, seront enregistrés
« provisoirement, moyennant un droit fixe de 2 francs et les
« autres droits fixes auxquels leurs dispositions peuvent donner
« ouverture d'après les lois en vigueur. Les droits proportion-
« nels édictés par ledit article seront perçus lorsqu'un jugement,
« portant condamnation, liquidation, collocation ou reconnais-
« sance, interviendra sur ces marchés ou traités, ou qu'un acte
« public sera fait ou rédigé en conséquence, mais seulement
« sur la partie du prix ou des sommes faisant l'objet soit de la
« condamnation, liquidation, collocation ou reconnaissance,
« soit des dispositions de l'acte public. »

L'*Exposé des motifs* contient des renseignements curieux sur cette disposition. J'en emprunte quelques passages :

« Comme les marchés et traités que le projet de loi concerne constituent des actes synallagmatiques, il en résulte que les actes unilatéraux, tels que les billets à ordre, les lettres de change et les autres effets de commerce, restent, sous tous les rapports, soumis à la législation qui les régit aujourd'hui.

« L'enregistrement des traités et marchés, quand ils sont passés sous signatures privées, n'est pas obligatoire dans un délai déterminé ; mais il ne peut en être fait usage, soit dans un acte public, soit en justice, sans qu'ils aient été préalablement enregistrés (art. 23 de la loi du 22 frimaire). Lorsqu'ils sont présentés à la formalité de l'enregistrement, tous les droits

fixes et proportionnels auxquels ils peuvent donner ouverture sont intégralement perçus, quelle que soit l'importance ou la nature des dispositions qui sont reprises dans l'acte public ou qui font naître des contestations judiciaires, quand même le marché serait presque entièrement exécuté et que le procès, par exemple, aurait pour cause un simple reliquat de compte. — Ce mode de perception a donné lieu à des réclamations très-vives et très-persistantes, surtout relativement aux marchés dont il doit être fait usage devant la justice consulaire. L'Administration elle-même a reconnu depuis longtemps les inconvénients de ce régime, et elle a pu constater souvent que les droits à percevoir s'élevaient bien au-dessus des sommes ou valeurs faisant l'objet du litige, et que, dans un grand nombre de cas, les parties se trouvaient placées dans cette alternative, ou de dissimuler leurs titres ou de renoncer à les faire valoir devant la justice...

« Bien placé pour apprécier les inconvénients de la loi actuelle et constater les abus qui en découlent, le tribunal de commerce de la Seine signale les uns et les autres avec une grande force. Nous lisons dans une note émanée de lui : « La « plus grande partie des demandes formées devant les tribu- « naux consulaires s'appuie sur l'énonciation que la convention « est verbale (lors même qu'un écrit existe entre les parties). Le « juge consulaire lui-même ne peut exiger la production d'un « acte qui rendrait sa tâche plus facile, mais ruinerait le plai- « deur. »

« Il existe aujourd'hui, dans l'application des lois de l'enregistrement aux actes de commerce, une singulière anomalie. Nous chercherons à la faire bien comprendre par un exemple, et nous prendrons une hypothèse, celle d'une vente de marchandises faite moyennant 100,000 fr. Si cette vente donne lieu à des contestations, et que l'on s'appuie sur une convention écrite, l'acte doit être enregistré et le droit perçu sur le prix total de la vente, quel que soit le montant de la demande et de la condamnation. Si, au contraire, il n'y a pas d'acte écrit, ou si ce-

lui qui existe est dissimulé, le droit est perçu sur les dispositions du jugement, quand même le chiffre de la demande serait supérieur à celui des condamnations, et que l'on aurait fait connaître dans les énonciations verbales la véritable importance du marché. Il y avait à la fois des motifs d'équité et une raison morale pour faire disparaître cette anomalie : le projet étend au cas où un acte écrit est produit devant la justice la règle que la loi et la jurisprudence avaient établie pour le cas moins favorable où les parties n'invoquaient que des conventions verbales... »

L'innovation de la loi de 1859 serait-elle applicable au cas où l'acte se trouve être purement civil de la part de l'un des contractants et commercial de la part de l'autre? L'affirmative était formellement admise par un amendement présenté lors de la discussion de la loi. L'amendement fut rejeté; mais il fut déclaré, au nom du Gouvernement, qu'il était inutile, ne faisant que développer d'une manière plus ou moins heureuse ce que la loi avait voulu dire et ce qu'elle disait. —La question a déjà été portée devant les tribunaux. Voici le texte d'un jugement du tribunal de la Seine, du 29 novembre 1861 :

« Attendu que J. a vendu à B. un procédé chimique, sus-
« ceptible d'être breveté...; que cette vente, contractée par un
« acte sous seings privés, a eu lieu moyennant un prix déter-
« miné...; — Attendu que cet acte, commercial pour l'une des
« parties et civil pour l'autre, doit jouir de la faveur accordée
« aux actes de commerce par l'art. 22 de la loi du 11 juin 1859 ;
« que c'est ce qui résulte de la discussion qui a eu lieu, discus-
« sion dans laquelle il a été entendu que la loi, au lieu d'être
« restreinte au cas où les actes seraient faits entre commerçants,
« s'étendrait à celui d'un acte dans lequel interviendraient con-
« curremment un commerçant et un non-commerçant; qu'il
« suffit que l'acte, considéré en lui-même, indépendamment
« de la condition d'une des parties contractantes, soit réputé
« acte de commerce aux termes des art. 632, 633 et 634 du
« Code de commerce; — attendu que B., commerçant, a acheté

« la découverte de J. pour en faire l'application à son négoce ; « qu'il paie, à titre de prime, 10 fr. à J. pour chaque kilo- « gramme de matières fabriquées, et qu'enfin il peut revendre « le procédé, soit en France, soit à l'étranger...; que dès lors « c'est avec raison que ce traité a été enregistré provisoirement « au droit fixe de 2 francs... » (1).

II. *Entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau.* — La *manufacture* consiste à transformer une matière de telle sorte qu'elle acquière une valeur beaucoup plus grande. L'*entreprise de manufacture* suppose qu'un homme se met à la disposition du public pour transformer ainsi, à l'aide d'ouvriers et de machines, tel ou tel genre de matières.

Celui qui achète des denrées ou marchandises pour les revendre après les avoir travaillées et mises en œuvre, celui-là fait certainement un acte de commerce : c'est la disposition formelle du n° 1 de notre art. 632. Peu importe que la chose ainsi travaillée et mise en œuvre n'ait pas acquis une valeur bien supérieure à celle qu'elle avait d'abord : la spéculation ayant porté sur la revente plutôt que sur la main-d'œuvre, il n'y a pas, à proprement parler, *entreprise de manufacture*, et le n° 2 de notre art. 632 est étranger à cette hypothèse. Mais supposons un homme qui n'achète pas les matières qu'il se charge de transformer : les matières lui sont fournies, et il les rend transformées à celui de qui il les a reçues. Y a-t-il là un acte de commerce? Il faudrait dire non, si nous n'avions que le n° 1 de l'art. 632. La question est de savoir si le n° 2 du même article n'est pas applicable, ou, en d'autres termes, si nous n'avons pas là une *entreprise de manufacture*. A cet égard, il faut distinguer. S'agit-il, par exemple, d'un meunier qui, seul ou avec l'aide d'un garçon, se charge de convertir en farine le

(1) *Répertoire périodique de l'enregistrement*, par M. Garnier, t. VIII (année 1861), art. 1558.

Voy., dans le même recueil, les observations générales sur l'innovation consacrée en 1859 (t. VI, art. 1168). Voy. aussi t. XI, art. 1849.

blé qu'on lui apporte : nous dirons qu'il y a de sa part un simple louage, qu'il n'y a pas entreprise de manufacture ni par conséquent acte de commerce. En effet, d'une part, l'opération étant très-simple, la chose soumise à cette opération n'augmente pas sensiblement de valeur; et, d'autre part, le meunier n'est pas un spéculateur, c'est un homme qui loue ses services et ceux du moulin dont il est propriétaire ou locataire. Mais supposons un homme qui transforme de la laine en drap : il y a bien certainement ici entreprise de manufacture, parce que la laine est soumise à une opération compliquée, qui exige le concours d'un assez grand nombre d'ouvriers et qui lui donne une plus-value considérable. La spéculation porte sur la main-d'œuvre : la valeur acquise par l'objet transformé sera telle qu'il restera un bénéfice après que les frais de la transformation auront été payés. C'est bien un cas d'application du n° 2 de l'art. 632, lors même que la laine aurait été achetée par l'homme qui veut en faire du drap et le vendre : suivant la remarque ingénieuse de M. Bravard (1), cet homme est un *fabricant* et non pas un *marchand :* il n'achète pas une chose pour la revendre, il l'achète pour la transformer en une chose nouvelle d'une bien plus grande valeur. Nous dirons, de même, qu'il y a *entreprise de manufacture* de la part de l'imprimeur, sans distinguer si l'imprimeur fournit ou non le papier, sans distinguer non plus s'il doit remettre les exemplaires à l'auteur ou à l'éditeur, ou si, au contraire, étant lui-même éditeur, c'est lui qui doit les vendre au public.

Ce qui vient d'être dit fait suffisamment comprendre ce que le législateur a voulu exprimer quand il a parlé d'*entreprise de manufacture*. Maintenant, il est certain que l'application du principe pourra souvent donner lieu à des difficultés. Sans aucun doute il n'y a pas *entreprise de manufacture* de la part du propriétaire de vignobles qui fait du vin avec ses raisins : il se borne à préparer les produits de son crû de manière à pouvoir

(1) Voy. ci-dessus, p. 232.

les vendre. Je décide encore de même si ce propriétaire fait de l'eau-de-vie avec son vin : on peut dire, en effet, qu'il ne spécule pas sur la transformation, mais qu'il cherche seulement à retirer des produits de son crû le meilleur parti possible. Quant au propriétaire qui fait du sucre avec les betteraves récoltées sur son fonds, je crois, avec M. Bravard, qu'il y a là *entreprise de manufacture :* il y a, dans ce cas, une transformation radicale et non pas une simple mise en œuvre, et de plus l'opération est très-dispendieuse (1). J'en dirais autant du concessionnaire d'une mine qui établit un haut-fourneau pour convertir en fer le minerai, dans l'espoir qu'il gagnera plus en vendant du fer qu'en vendant du minerai (2).

Conformément à un principe dont nous avons déjà fait application, nous dirons que tout acte qui se rattache comme accessoire à une entreprise de manufacture doit être réputé acte de commerce. Par exemple, le manufacturier qui achète des instruments, des machines, etc., pour les employer dans son usine, fait en cela un acte de commerce. On a même jugé que celui qui fait marché avec un aubergiste pour la nourriture de ses ouvriers fait également un acte de commerce (3).

En législation, je serais disposé à dire que l'homme qui achète un immeuble pour y établir une usine ou une manufacture fait un acte de commerce; mais, en droit, la doctrine et la jurisprudence sont contraires. Quant à celui qui achète une manufacture, comprenant en bloc bâtiments, machines, outils, matières premières et autres objets se rattachant à l'exploitation, M. Molinier admet que, du moins dans le cas où il apparaît que les immeubles n'ont été envisagés que comme des instruments d'exploitation accessoires du fonds industriel, il serait convenable de qualifier l'achat d'après la na-

(1) Le contraire a cependant été jugé par la Cour de Douai, le 21 juillet 1830 (Sir., 31, 2, 172).

(2) Voy. cependant M. Bédarride, *op. cit.*, nos 249-251.

(3) Voy. l'arrêt de la Cour de Caen, du 25 mars 1846 (Dev.-Car., 46, 2, 481), et l'arrêt de la même Cour, du 2 février 1858 (Dev.-Car., 59, 2, 160).

ture du principal et de le considérer comme constituant pour le tout un acte de commerce (1).

L'entrepreneur qui se charge d'un travail considérable sur un immeuble, par exemple, d'une construction, fait-il un acte de commerce ? En théorie pure, je n'hésite pas à répondre affirmativement : car cet entrepreneur spécule évidemment sur la main-d'œuvre. Mais, en présence du texte de la loi et de ce qui a eu lieu lors de l'élaboration de notre art. 632, je crois, avec M. Molinier, que l'interprète a une distinction à faire. D'après le projet de Code de commerce présenté par la Commission, devait être réputée fait de commerce *toute entreprise de construction ;* mais on fit remarquer qu'il convenait de n'appliquer cette disposition qu'aux constructions maritimes, et le projet fut corrigé en ce sens. Il faut en conclure qu'en général l'entrepreneur qui doit effectuer un travail sur un immeuble sans avoir rien à fournir ne fait pas un acte de commerce. Quant à celui qui se charge de fournir la matière première, les matériaux qui doivent être mis en œuvre, il achète ces objets pour les revendre, il est entrepreneur de fournitures en même temps qu'entrepreneur de travaux : jusqu'à un certain point il fait acte de commerce (2). S'il s'agissait de le poursuivre eu égard à la mauvaise qualité des matériaux, c'est le tribunal de commerce qui devrait en connaître (3).—La Cour de Caen, dans son arrêt, déjà cité, du 2 février 1858, paraît également tenir grand compte de la circonstance que l'entrepreneur devait faire certaines fournitures, sans cependant la considérer comme absolument essentielle à la commercialité de l'acte. En effet, la Cour dit d'abord que L. a fait distribuer des circulaires par lesquelles il annonçait au public qu'il se chargeait à forfait du drainage des propriétés; que cette entreprise, pour laquelle L. fournissait les conduits de drainage, les ustensiles et outils

(1) *Op. cit.*, n° 38.
(2) Voy. le n° 3 de notre art. 632.
(3) M. Molinier, *op. cit.*, n° 39.

nécessaires à l'entreprise et à la main-d'œuvre des ouvriers, et qui était faite dans un but de spéculation, est rangée par l'art. 632 du Code de commerce au nombre des actes de commerce. Puis elle ajoute qu'il faut considérer comme acte de commerce l'entreprise du drainage d'une pièce de terre, *entreprise faite dans un but de spéculation* (1). De ces dernières expressions on peut conclure que la Cour voit purement et simplement un acte de commerce dans toute entreprise qui suppose chez l'entrepreneur une idée de spéculation.

— Il y a *entreprise de commission* lorsqu'un homme se met à la disposition de toutes personnes qui voudront l'employer en qualité de commissionnaire, c'est-à-dire le charger de faire pour leur compte des actes de commerce déterminés. Je dis *actes de commerce*. Voici, en effet, ce qui se passa dans la séance du Conseil d'État, du 8 novembre 1806 :

« M. Merlin observe que ces mots *entreprise de commission* présentent une idée trop vague, susceptible d'être étendue trop loin. On pourrait prétendre, par exemple, qu'ils autorisent de traduire devant les tribunaux de commerce le particulier, tel qu'il en a toujours existé beaucoup à Paris, qui fait profession et métier de recevoir les rentes et pensions des créanciers et pensionnaires de l'État domiciliés dans les départements. — M. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely dit que la Section *de l'intérieur* n'entend parler que de celui qui est chargé de commission pour marchandises, et observe, au surplus, que le Titre *Des commissionnaires* développe bien la pensée des rédacteurs... — M. Beugnot dit que le mot *commission* est suffisamment expliqué par la nature de la loi. Dans un Code de commerce, il ne peut signifier que les commissions relatives à des objets de commerce. » Et là-dessus la rédaction proposée par la Section *de l'intérieur* fut adoptée.

La définition de la commission que donnent MM. Delamarre et Lepoitvin est parfaitement d'accord avec l'idée qui ressort

(1) Dev.-Car., 59, 2, 160.

de cette discussion. La commission, suivant eux, est *un contrat par lequel l'un des contractants donne le pouvoir de faire pour lui une ou plusieurs opérations de commerce individuellement déterminées, à l'autre contractant, qui s'engage à les traiter et conclure soit sous un nom social ou sous le sien propre, soit au nom du commettant, et à lui en rendre compte* (1).

Il est donc de l'essence du contrat de commission d'avoir pour objet un acte de commerce. Si Paul se charge d'acheter une maison pour Pierre, il y a là mandat; si, au contraire, Paul se charge d'acheter un navire pour Pierre, il y a commission. S'ensuit-il qu'accepter une commission, c'est nécessairement faire acte de commerce, et qu'ainsi l'action du commettant contre le commissionnaire devra toujours être portée devant le tribunal de commerce? C'est ce qu'enseignent MM. Delamarre et Lepoitvin. Suivant eux, la loi, en parlant de *toute entreprise de commission*, a voulu parler du fait isolé de celui qui se charge d'une commission relative à une opération commerciale : le commissionnaire devient commerçant accidentellement, parce qu'il se fait *un moyen ou un instrument accidentel de commerce* (2). Mais cette interprétation, qui appartient exclusivement aux savants jurisconsultes bretons, me paraît tout à fait inadmissible. De même qu'il n'y a certainement pas *entreprise de transport par terre ou par eau* dans le fait de la personne qui, propriétaire d'une voiture ou d'un bateau, se charge une fois par hasard de transporter un voyageur ou des marchandises, de même il n'y a pas *entreprise de commission* dans le fait de la personne qui une fois par hasard se charge d'une affaire commerciale pour le compte d'autrui (3). Comme le dit très-bien M. Alauzet, « à la différence du courtage, un acte « isolé de commission ne tombe pas nécessairement dans la « compétence des tribunaux de commerce : la loi exige qu'il

(1) *Traité de droit commercial*, nouvelle édition (1861), t. II, p. 58.
(2) *Op. cit.*, t. II, p. 75 et 76.
(3) Voy. M. Bravard, ci-dessus, p. 230 et 231.

« y ait *entreprise*, et, par conséquent, des actes fréquents et « habituels » (1).

En somme, celui qui accepte accidentellement le rôle de commissionnaire ne fait point par cela seul un acte de commerce, du moins vis à vis du commettant : l'action en reddition de compte que le commettant peut avoir à exercer contre lui n'est point par sa nature de la compétence des tribunaux de commerce. Bien entendu, si le commettant et le commissionnaire étaient tous deux commerçants, il pourrait y avoir lieu d'appliquer le 1° de l'art. 631. De plus, si le commissionnaire, et c'est ce qui arrive habituellement, a fait un acte commercial en son propre nom, bien qu'il l'ait fait pour le compte du commettant, comme, par exemple, s'il a émis une lettre de change, il va de soi que le tiers-porteur pourrait le poursuivre devant le tribunal de commerce. Mais ces deux cas, où le commissionnaire est actionné devant le tribunal de commerce, sont absolument en dehors de la disposition qui répute acte de commerce *toute entreprise de commission*. Cette disposition suppose un homme qui s'annonce au public comme se chargeant de conclure pour le compte d'autrui tel ou tel genre d'affaires commerciales, et elle signifie que cet entrepreneur de commission serait justiciable des tribunaux de commerce, même dans ses rapports avec ses commettants.

Comment expliquer la disposition dont il s'agit? D'une manière bien simple. Le commissionnaire rend au commettant un service que celui-ci rétribue ; d'un autre côté, la plupart du temps le commissionnaire agit en son propre nom, et, par conséquent, se trouve personnellement obligé envers les tiers avec lesquels il traite : cela suppose qu'il a du crédit et de l'argent. L'entreprise de commission devait donc être réputée acte de commerce, comme impliquant une spéculation sur une vaste échelle : en effet, l'entrepreneur de commission tire parti de son crédit et de son argent, et même il risque son argent dans l'espoir de

(1) *Op. cit.*, t. IV, n° 2029.

s'enrichir ainsi en raison de la rétribution que lui paieront ses commettants.

L'entreprise de commission, nous l'avons vu, doit se rapporter à des opérations commerciales. Du reste, il ne me paraît pas indispensable que pour le commettant lui-même il s'agisse d'un acte de commerce. Ainsi le propriétaire d'un vignoble s'adresse à un commissionnaire en vins et le charge de vendre pour son compte 200 pièces de son crû. Le propriétaire ne fait pas acte de commerce; le commissionnaire qui se charge de l'opération fait au contraire acte de commerce, et, s'il y a lieu à quelque réclamation de la part du propriétaire, c'est au tribunal de commerce qu'elle devra être soumise. Tel me paraît être, du moins, le sens de notre disposition.

— L'*entreprise de transport par terre ou par eau* suppose évidemment l'idée d'une spéculation : la loi y voit avec raison un acte de commerce. Peu importe que l'entrepreneur emploie des chevaux, des voitures, des bateaux etc., à lui appartenant, ou bien, au contraire, qu'il s'agisse d'un commissionnaire qui pour effectuer le transport dont il s'est chargé devra lui-même traiter avec un ou plusieurs voituriers, bateliers, etc. (1). La spéculation ne s'exerce pas sur le même objet dans les deux cas; mais dans les deux cas il y a entreprise de transport et, par conséquent, acte de commerce. De la part des commissionnaires de roulage, on peut dire indifféremment qu'il y a *entreprise de transport* ou *entreprise de commission*.

Doit-on considérer le maître de poste comme étant un entrepreneur de transport? Pour lui refuser cette qualité, on a fait remarquer que le maître de poste doit obtenir un brevet du Gouvernement, et on en a conclu qu'il était simplement un agent du Gouvernement; il suffit de répondre que les agents de change et les courtiers sont bien nommés par le Gouvernement, ce qui ne les empêche point d'être considérés comme se livrant habituellement à des actes de commerce. On a fait re-

(1) Voy. Code de commerce, art. 96-108.

marquer, en second lieu, que les maîtres de poste sont soumis à un tarif, obligatoire pour eux comme pour le public ; mais, suivant l'observation très-juste de M. Bédarride (1), les transports par chemin de fer sont aussi tarifés, et certes on n'oserait pas dire que de la part des compagnies de chemins de fer il n'y a point entreprise de transport ! Au surplus, la question, en ce qui concerne le maître de poste, a été résolue, dans un arrêt parfaitement motivé de la Cour d'Orléans, le 21 février 1837 : « L'é-« tablissement d'une maîtrise de poste aux chevaux, dit la Cour, « a pour but un trafic qui consiste à acheter, pour en louer « l'usage, des chevaux et des voitures, à fournir des re-« lais nécessaires aux agents de l'Administration des postes « et autres voyageurs en poste. La législation qui fixe les droits « et les devoirs des maîtres de poste établit pour ceux-ci des « rapports distincts, l'un vis à vis du Gouvernement, l'autre « vis à vis du public : considérés sous le premier rapport, les « maîtres de poste sont des agents commissionnés du Gouverne-« ment ; vis à vis du public, ils sont des entrepreneurs de trans-« ports, des spéculateurs qui achètent pour les louer des che-« vaux et des voitures, enfin des commerçants privilégiés. Si « les maîtres de poste ne sont pas soumis au droit de pa-« tente (2), cette circonstance n'exclut pas en eux la qualité « de négociants et prouve seulement que par cette dispense le « législateur a voulu avantager les maîtres de poste en les exo-« nérant d'une charge qui pèse sur tous les négociants (3). S'ils « sont soumis à des prix fixes et invariables et à des conditions « dictées par un intérêt d'ordre public, on ne peut déduire de « ce fait qu'ils n'exercent pas un commerce libre et volontaire. « Il en est de ce cas comme de tous ceux où deux individus « passent un contrat à long terme, pour des transports journa-

(1) *Op. cit.*, n° 257.

(2) Loi du 19 frimaire an VII, art. 6.

(3) Le tableau A, joint à la loi du 25 avril 1844 *sur les patentes*, comprend dans la cinquième classe de patentables *l'entrepreneur de relais, même lorsqu'il est maître de poste.*

« liers ou à des époques fixes ou à des prix déterminés : ceux-
« ci, quoique soumis à des conditions obligées, n'en ont pas
« moins le caractère de commerçants, dès qu'il y a achat de
« marchandises pour les revendre ou pour en louer l'usage...» (1).

La Cour de cassation, par un arrêt du 9 janvier 1810, a jugé qu'une entreprise de pompes funèbres doit être considérée comme une sorte d'entreprise de transports, et qu'en conséquence les entrepreneurs de pompes funèbres sont justiciables du tribunal de commerce quand on les poursuit à raison de ventes ou de fournitures à eux faites. L'entreprise des pompes funèbres peut aussi être considérée comme une *entreprise de fournitures*.

Peut-on dire que, de la part d'un homme qui fait métier de haler les bateaux dans un certain parcours, il y ait *entreprise de transport par eau*? Je ne le crois pas : il y a là tout simplement un louage de services. La question s'est présentée dans des circonstances particulières, et c'est par ces circonstances qu'on peut expliquer la décision intervenue. Il existe à Lyon une association de mariniers dont la fonction consiste à haler les bateaux qui remontent la Saône; cette association se compose d'hommes expérimentés, qui ne prêtent pas seulement le secours de leur force physique. Un bateau ayant été submergé pendant l'opération du halage, les haleurs furent poursuivis, en la personne de leur syndic, devant le tribunal de commerce, et, sur le déclinatoire, celui-ci se déclara compétent; la Cour de Lyon ayant confirmé le jugement, le pourvoi fut rejeté par la Cour de cassation, le 24 février 1841 (2).

— L'entreprise de transports par terre ou par eau étant un acte de commerce, il s'ensuit que toute demande formée contre l'entrepreneur est de la compétence du tribunal de commerce, sans distinguer si la demande émane de voyageurs, de propriétaires d'objets transportés, ou enfin de personnes qui pré-

(1) M. Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n. 179. En sens contraire, voy. M. Molinier, *op. cit.*, n°s 129 et 130.

(2) Dev.-Car., 41, 1, 427. Comp. M. Bédarride, *op. cit.*, n° 261.

tendraient avoir fait à l'entrepreneur des fournitures concernant son entreprise. Toutefois, ce principe ne doit être admis comme vrai qu'avec une restriction fort remarquable. En effet, aux termes de l'art. 2 de la loi du 25 mai 1838 *sur les justices de paix*, « les juges de paix prononcent, sans appel, jusqu'à la « valeur de 100 francs, et, à charge d'appel, jusqu'au taux de « la compétence en dernier ressort des tribunaux de première « instance : ... entre les voyageurs et les voituriers ou bate- « liers, pour retards, frais de route et perte ou avarie d'effets « accompagnant les voyageurs » (1).

On a prétendu, il est vrai, qu'il ne faut point voir là une dérogation apportée au principe de notre art. 632. Un voyageur, ayant perdu une malle au chemin de fer, assigne la compagnie devant le tribunal de commerce; celui-ci rejette le déclinatoire proposé par la compagnie, et, sur l'appel, la Cour de Poitiers confirme, par les motifs suivants : « Il n'est pas douteux que le texte de la loi de 1838 n'embrasse les faits du procès, que le mot *voituriers* ne renferme toute entreprise de transport par terre et par conséquent celle des chemins de fer; il s'agit de savoir, non pas si le juge de paix est compétent, mais s'il est seul compétent. La responsabilité des voituriers est établie non-seulement par la loi civile (art. 1782 et suiv. du Code Napoléon), mais encore et parallèlement par la loi commerciale (art. 103 et suiv. du Code de commerce) : d'où la conséquence inévitable qu'elle peut être invoquée facultativement devant les tribunaux civils ou de commerce (2). Le principe est admis par la jurisprudence, qui repousse le déclinatoire du voiturier, proposé tour à tour contre la juridiction civile et contre la juridiction commerciale, dans le cas où le voiturier seul avait fait acte de commerce (3).

(1) J'ai déjà eu l'occasion de citer cette disposition de la loi de 1838. Voy. t. I, p. 355, note 2.

(2) Il y a là une erreur évidente. Le voiturier dont s'occupe le Code de commerce n'est pas du tout celui dont s'occupe le Code Napoléon : le premier seul fait acte de commerce.

(3) Ceci se rattache à une théorie générale d'après laquelle, une con-

« La question revient donc à savoir s'il a été dérogé à cet état de la législation par la loi de 1838, en ce sens que les juges de paix, juges d'exception jusque-là en matière civile seulement, auraient été appelés à connaître dans certains cas, dans certaines limites, des matières commerciales. Un pareil changement, une dérogation si grave à l'ordre des juridictions établies, nécessitait une disposition expresse, qui ne se rencontre point dans la loi nouvelle. Son texte se concilie même difficilement avec cette hypothèse : car, en parlant du taux de la compétence des tribunaux de première instance, elle n'a point en vue les tribunaux de commerce, dont le dernier ressort ne s'élevait alors qu'à 1,000 francs ; il était nécessaire cependant de parler de ces tribunaux, ne fût-ce que pour dire s'ils connaîtraient sur l'appel des affaires commerciales distraites de leur compétence. — D'ailleurs, on ne peut voir une dérogation implicite dans la généralité des termes de la loi. Ses termes sont généraux en effet, mais en tant qu'ils s'appliquent aux matières civiles seulement. Une exclusion formelle des affaires commerciales devenait inutile, alors qu'il s'agissait d'étendre et non de changer la compétence toute civile des justices de paix ; les contestations entre voyageurs et voituriers n'y sont considérées qu'au point de vue de leur caractère civil, et il est à remarquer que la loi de 1838 n'a placé dans les attributions du juge de paix aucune action purement commerciale.

« Si l'on se reporte à la discussion de la loi pour y découvrir l'intention du législateur, on voit qu'il a voulu assurer aux parties une justice prompte et économique. Ce but, il l'a atteint en obligeant le voiturier demandeur à plaider devant le juge de paix plutôt que devant le tribunal civil du domicile du voyageur. Mais le résultat eût été tout autre à l'égard du voyageur obligé de plaider devant le juge de paix du domicile du voitu-

vention étant commerciale pour l'une des parties et civile pour l'autre, celle-ci pourrait à son choix porter son action devant le tribunal civil ou devant le tribunal de commerce. J'aurai bientôt occasion de revenir sur cette théorie, que je tiens pour complétement fausse.

rier : la suppression de la juridiction commerciale le priverait de la garantie de la contrainte par corps, et lui ferait subir des retards et des dépenses considérables hors de toute proportion avec l'intérêt, le plus souvent minime, qu'il s'agirait de sa part de sauvegarder. — Cette volonté du législateur, de ne saisir les juges de paix que des contestations civiles, et de réserver dans son entier la compétence des tribunaux consulaires, telle qu'elle est établie aux art. 631 et 632 du Code de commerce, ressort d'une manière non équivoque d'un incident de cette discussion, qui a eu pour résultat le rejet d'un amendement tendant à faire rentrer dans les attributions des juges de paix les causes commerciales, dans les mêmes limites que les causes civiles.... » (1).

Le texte de la loi résiste manifestement à l'interprétation donnée par la Cour de Poitiers. Aussi cette interprétation a-t-elle été repoussée, soit par la Cour de Limoges, le 2 mai 1862, soit par la Cour de Paris, le 20 juin 1863. Comme le dit la Cour de Paris, « la loi, qui a étendu la juridiction des justices de paix dans le but, qu'exprime l'*Exposé des motifs*, de terminer sans frais et sans retard, et souvent au moyen d'un arbitrage équitable, des différends qui s'élèvent sur des points de fait d'une solution simple et facile, établit une compétence nouvelle et uniforme, quelle que soit celle des parties au nom de laquelle la demande est formée. On ne peut admettre, contre le texte formel de l'art. 2 et l'esprit général de la loi, qu'elle ait entendu réserver et maintenir la compétence des tribunaux de commerce, lorsque l'action serait intentée contre les voituriers, et subordonner ainsi toujours son application à la volonté des voyageurs, qui seuls peuvent être demandeurs dans des contestations de cette nature..... » (2).

III. *Entreprise de fournitures, d'agences, bureaux d'affaires, établissements de vente à l'encan, de spectacles publics.* — L'en-

(1) Arrêt du 12 février 1861 (Dev.-Car., 61, 2, 332).
(2) Dev.-Car., 63, 2, 163.

treprise de fournitures est un commerce qui consiste à spéculer sur la différence des prix d'achat et des prix de revente. Ce qu'il y a ici de particulier, comme le remarque très-bien M. Bravard (1), c'est qu'on commence par vendre, et qu'on se procure ensuite les objets qu'on a vendus et qu'on doit fournir. Il faut donc tenir pour certain ce que dit M. Dalloz : « La disposi-« tion qui répute commerciale toute entreprise de fournitures « repose sur la présomption que celui qui s'oblige à livrer une « certaine quantité de denrées ou marchandises doit, s'il ne l'a « déjà fait, les acheter en vue de bénéficier sur la revente... « Il ne peut y avoir réellement entreprise de fournitures, dans « le sens de l'art. 632, qu'autant qu'il y a achat ou du moins « possibilité et présomption d'achat pour revendre, présomp-« tion qui cesse d'exister là où l'engagement du fournisseur « est expressément limité aux denrées de son crû, et de fait « n'excède pas cette limite » (2).

Il peut y avoir *entreprise de fournitures* lors même qu'une personne se serait engagée à fournir, non pas la propriété, mais seulement l'usage de certains objets. Ainsi, une grande fête devant avoir lieu, celui qui s'oblige à procurer des objets nécessaires à la décoration, objets qu'il pourra retirer après la fête, celui-là est un *entrepreneur de fournitures*. Ce que la loi dit ici doit être complété par ce qu'elle a dit dans le n° 1 de notre article.

Il arrive souvent que l'État est partie dans les marchés de fournitures. La règle générale, en cas pareil, est que toute contestation qui viendrait à s'élever devra être portée devant le Ministre compétent. Bien entendu, il n'en est ainsi qu'autant que l'État est en cause : qu'une contestation vienne à s'élever entre le fournisseur et un sous-traitant, c'est le tribunal de commerce qui sera compétent.—Il y a certains marchés de fournitures pour lesquels c'est le Conseil de préfecture qui a reçu

(1) Ci-dessus, p. 231 et 232.

(2) *Op.* et v° *cit.*, n°s 191 à 193. Voy. aussi l'arrêt, déjà cité, de la Cour de Poitiers, du 7 janvier 1856 (ci-dessus, p. 338 et 339).

compétence. Tels sont les marchés qui ont pour objet la fourniture des matériaux nécessaires à l'exécution des travaux publics, et aussi, d'après la jurisprudence du Conseil d'État, les marchés passés pour le service des maisons centrales de détention. — Quant aux marchés de fournitures pour le compte des départements, des communes ou des établissements publics, c'est devant le tribunal de commerce que l'entrepreneur devrait être poursuivi, sauf que le Conseil de préfecture est toujours compétent quand il s'agit de fournitures pour l'exécution de travaux publics (1).

— Se mettre à la tête d'une *agence* ou d'un *bureau d'affaires*, c'est faire acte de commerce. Les expressions de la loi montrent bien qu'un homme qui plus ou moins souvent aura accepté d'autrui des mandats salariés ne devra pas nécessairement être considéré pour cela comme ayant fait des actes de commerce. Il faut encore ici qu'il y ait *entreprise*, que l'homme s'annonce au public comme étant à la disposition de tous ceux qui voudront lui donner pouvoir de faire pour eux certaines démarches. Du reste, il n'y a pas besoin de supposer qu'il s'agit exclusivement de représenter les tiers dans des affaires commerciales : l'entreprise d'une agence ou d'un bureau d'affaires est commerciale, non pas en raison de la nature des affaires que devra suivre l'entrepreneur, mais en raison de la spéculation qu'il veut faire sur le salaire qu'il obtiendra pour ses soins et pour ses démarches. Comme le dit M. Nouguier, « les agents d'affaires gui-« dent le plaideur au début de son procès, poursuivent auprès « des administrations le recouvrement de créances méconnues, « négocient pour leurs clients des valeurs dont le produit im-« médiat est utile, procurent des emplois à ceux qui les re-« cherchent, perçoivent les arrérages des rentes sur l'État ou « sur les particuliers (2), pénètrent même dans l'intérieur des

(1) Voy. M. Cabantous, *Répétitions écrites sur le droit public et administratif*, 3e édition, nos 546-548. Comp. MM. Molinier, *op. cit.*, no 33, et Dalloz, *op.* et vo *cit.*, nos 200-202.

(2) Ainsi, de la part du *receveur de rentes*, s'il n'y a pas entreprise de

« familles et mettent en rapport des personnes inconnues l'une « à l'autre qui désirent contracter un mariage, fournissent des « placements pour les capitaux, gèrent les fortunes des grands « propriétaires, dirigent les opérations des faillites, s'occupent « de traduire en des langues diverses les documents qui leur « sont remis : en un mot, les agents d'affaires donnent la di- « rection à tous les intérêts, acceptent tous les mandats, et « spéculent sur le salaire que mérite leur empressement à sa- « tisfaire à tous les besoins » (1).

Je crois qu'on devait considérer comme rentrant dans les termes de la loi les *agences de remplacement militaire :* c'était bien là une entreprise commerciale. La question ne peut plus se présenter aujourd'hui (2).

L'agent d'affaires fait acte de commerce : donc, si celui qui l'a employé est dans le cas de le poursuivre, il le poursuivra devant le tribunal de commerce, sans distinguer si l'affaire dont il l'a chargé était civile ou commerciale. *Quid* dans le cas inverse, lorsque c'est l'agent d'affaires qui poursuit son client, par exemple en paiement des honoraires convenus? En principe, la connaissance de l'action appartient alors au tribunal civil, à moins que le client ne soit lui-même commerçant, cas auquel il y aurait lieu d'appliquer le n° 1 de l'art. 631. C'est ce que la Cour de Paris a plusieurs fois jugé (3). Et la Cour de cassation, par son arrêt du 15 décembre 1856, a reconnu que le tribunal de commerce était compétent pour statuer sur la demande formée par un agent d'affaires en paie-

commission (voy. ci-dessus, p. 347), il y a du moins entreprise d'agence, il y a par conséquent acte de commerce. Comp. M. Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n° 169 *in fine*.

(1) *Op. cit.*, t. I, p. 427 et 428.

(2) Depuis la loi du 26 avril 1855. — Du reste, cette loi n'atteint pas les compagnies d'assurances avant le tirage, qui ont pour objet de fournir aux jeunes gens que le sort n'aurait pas favorisés le montant du prix fixé pour l'exonération.

(3) Voy. notamment les arrêts du 23 mai et du 23 septembre 1857 (Dev.-Car., 57, 2, 598 et 599).

ment d'une *commission* à lui promise pour la vente d'un fonds de commerce ; la Cour ajoute, ce qui à mon sens allait de soi, que le tribunal de commerce était également compétent pour statuer sur la demande reconventionnelle formée contre l'agent d'affaires en restitution des sommes payées d'avance sur cette commission. — Du reste, en 1863, la Cour de Paris a rendu deux arrêts qui ne paraissent pas être parfaitement d'accord. L'un, de la 1re Chambre (du 11 avril), porte que le contrat aux termes duquel N. avait chargé C. de poursuivre et d'opérer le recouvrement d'un certain nombre de créances était purement civil, et qu'il ne saurait perdre ce caractère, soit parce que N. serait commerçant, soit parce que les poursuites dont il aurait chargé C. se rattacheraient au commerce dudit N.; qu'en conséquence le tribunal de commerce n'était pas compétent pour connaître de la demande de C. L'autre, de la 2e Chambre (du 23 juin), admet bien également l'incompétence du tribunal de commerce, mais la motive sur ce que, les créances à recouvrer n'ayant aucun caractère commercial, le mandat ne saurait avoir un caractère différent (1). Quant à moi, je déciderais, en principe, avec la 1re Chambre, que le mandat est un acte civil de la part du mandant, malgré la nature commerciale des créances à recouvrer.

— Les *établissements de ventes à l'encan* ressemblent beaucoup aux *agences* ou *bureaux d'affaires*. Aussi la loi les a-t-elle mis sur la même ligne. On suppose un individu qui, dans un local à ce affecté, met en vente les objets que le propriétaire lui confie : les objets pourront ainsi atteindre un prix plus élevé que si le propriétaire lui-même faisait appel aux acheteurs, et c'est précisément là-dessus que spécule l'entrepreneur dont nous parlons. — On peut dire encore avec raison que cet entrepreneur se livre à des actes de courtage (2).

Il n'y a pas à distinguer suivant que les ventes doivent se

(1) Dev.-Car., 63, 2, 223.

(2) Voy. M. Nouguier, *op. cit.*, t. I, no 437; et M. Orillard, *op. cit.*, no 344.

faire *aux enchères* ou *au rabais :* la disposition de la loi s'applique également aux deux cas. La *vente aux enchères* suppose qu'une mise à prix est proposée, et que les personnes présentes sont appelées à enchérir sur cette mise à prix : l'objet est adjugé à la personne qui a fait la plus forte enchère. Au contraire, la *vente au rabais* suppose qu'on commence par déterminer une mise à prix assez élevée : celui-là reste adjudicataire qui le premier consent à payer ce prix sans diminution ; si personne n'y consent, une réduction est opérée sur la mise à prix ; une deuxième réduction pourra encore être opérée, et ainsi de suite, jusqu'à ce que, le prix le plus bas auquel le propriétaire veut vendre ayant été inutilement offert, il n'y a plus qu'à retirer la chose.

Jusqu'en 1841 il était parfaitement permis de mettre ainsi en vente toute espèce d'objets. Aujourd'hui une distinction doit être faite. L'art. 1[er] de la loi du 25 juin 1841 contient, en effet, la disposition suivante : « Sont interdites les ventes en détail des « marchandises neuves, à cri public, soit aux enchères, soit au « rabais, soit à prix fixe proclamé, avec ou sans l'assistance des « officiers ministériels. » Cette interdiction a été prononcée dans l'intérêt du commerce sédentaire, que le législateur a voulu protéger contre les moyens employés par le colportage pour provoquer la concurrence des acheteurs. Le législateur a-t-il réellement atteint son but? L'interdiction qu'il a établie n'a-t-elle pas quelque chose d'excessif? Ce sont des points sur lesquels on peut discuter. Il me suffira de dire que le projet de loi a rencontré dans les deux Chambres une opposition très-véhémente, et que notamment dans la Chambre des pairs il n'a passé qu'à une faible majorité. Un magistrat de qui l'expérience égale le savoir, M. Massé, critique avec beaucoup de force et de justesse le système dont il s'agit (1).

La loi interdit les ventes en détail, à cri public, soit aux enchères, soit au rabais, soit *à prix fixe proclamé.* Que signifient

(1) *Op. cit.*, t. II, nos 904 et suiv.

ces derniers mots? Il faut convenir qu'ils rendent bien imparfaitement la pensée du législateur. Voici comment le garde des sceaux les a expliqués à la Chambre des députés : « Il est arrivé souvent que des négociants, ou plutôt, pour me servir d'une plus juste expression, que des colporteurs apportent dans une ville des marchandises assez considérables; ils annoncent une vente à prix fixe. D'abord ils montrent au public un mouchoir, par exemple, le font circuler et l'adjugent au prix proclamé. Mais bientôt ils vendent, au même prix, un grand nombre de mouchoirs d'une qualité inférieure; de telle sorte que, au lieu de débiter des marchandises de la bonté de l'échantillon, ils finissent par vendre des marchandises détériorées, de rebut, aux dépens du public et de la foi due aux enchères. Voilà les ventes à prix fixe qu'on a voulu proscrire. Mais il est entendu que le négociant loyal, qui déclare vendre à prix fixe, fait un acte de commerce excellent que le projet est loin de vouloir atteindre. » De la discussion qui s'est engagée à cet égard il résulte que la disposition doit seulement s'appliquer au cas où un marchand arrêterait autour de lui une foule d'individus qui, n'ayant pas besoin d'abord d'acheter, se trouveraient excités par l'espoir du bon marché, et donneraient ainsi au marchand le moyen de leur vendre frauduleusement et par ruse sa marchandise beaucoup au-dessus de sa valeur.

La loi de 1841 n'interdit que les ventes en détail de *marchandises neuves*. En ce qui concerne les objets mobiliers ayant déjà servi, qui par exemple se trouvent compris dans la succession d'un défunt (1), rien ne s'oppose à ce qu'ils soient vendus à cri public, soit aux enchères, soit au rabais. L'individu qui se chargerait habituellement, et moyennant salaire, de recevoir de pareils objets, de fournir une salle où l'on pût procéder à la vente, etc., ferait acte de commerce, conformément à notre art. 632.

Même en ce qui concerne les marchandises neuves, la loi de

(1) C'est le cas que suppose M. Bravard, ci-dessus, p. 231.

1841 (art. 2-5) admet certains cas où par exception il est permis de les vendre publiquement et aux enchères.

Enfin les ventes publiques aux enchères de marchandises en gros peuvent être faites par le ministère des courtiers, suivant des règles auxquelles renvoie l'art. 6 de la loi de 1841. Voy. aussi la loi du 28 mai 1858 *sur les ventes publiques de marchandises en gros*, ainsi que le décret impérial du 12 mars 1859, *portant règlement d'administration publique pour l'exécution des lois du* 28 *mai* 1858 *sur les négociations concernant les marchandises dans les magasins généraux et sur les ventes publiques de marchandises en gros.*

La communauté des huissiers, celle des commissaires-priseurs, possèdent, dans plusieurs villes, des salles pour les ventes que la loi les charge de faire. Mais, comme le remarque très-bien M. Molinier, l'établissement de ces salles ne saurait constituer de leur part un acte de commerce, parce qu'il n'a pour objet que l'exercice de leur profession (1).

— La loi répute acte de commerce *toute entreprise de spectacles publics*. Il en était autrement avant la promulgation du Code de commerce, et même la disposition dont il s'agit n'a été insérée dans le Code que sur les observations de la Cour de Paris. Anciennement, le directeur de théâtre était toujours en même temps acteur et souvent auteur : il s'agissait uniquement pour lui de produire son talent devant le public et d'en tirer parti. On pouvait donc avec raison le considérer comme exerçant, en quelque sorte, une profession purement civile, à peu près comme le peintre qui expose ses tableaux. Mais, depuis la Révolution, et particulièrement de nos jours, le directeur de théâtre, en général, est avant tout un spéculateur : il spécule sur le talent des artistes qu'il présente au public, sur l'éclat de la mise en scène, etc.; il a besoin de risquer un capital assez considérable. Le législateur a donc consacré une idée juste quand il a réputé acte de commerce *toute entreprise de spectacles publics*.

(1) *Op. cit.*, n° 45.

Ces expressions, du reste, sont assez larges pour que nous ne devions pas restreindre la disposition de la loi au cas où il s'agit de donner des représentations théâtrales proprement dites. Comme celui qui tient un café achète nécessairement des marchandises pour les revendre, sans aucun doute il fait acte de commerce : comment donc pourrait-on décider autrement quant à celui qui tient un café-concert? De même encore pour celui qui tient une salle de danse et qui fournit des rafraîchissements. Mais, indépendamment même de cette dernière circonstance, tenir une salle de danse, c'est faire acte de commerce : car c'est spéculer sur la location de la salle, où peuvent entrer en payant tous ceux qui le veulent, sur la location de la musique, etc. Je suis également disposé à voir un acte de commerce de la part de celui qui fait métier de s'enlever en ballon et qui admet le public, moyennant une certaine rétribution, à entrer dans l'enceinte d'où le ballon doit s'élancer.

Mais j'aurais beaucoup de peine à voir un acte de commerce dans le fait par un artiste, par un professeur de chant, de donner un concert à son profit. Les raisons par suite desquelles anciennement même le directeur d'un théâtre n'était point considéré comme faisant acte de commerce s'appliquent ici dans toute leur force. D'ailleurs, est-il possible de dire, sans faire violence aux mots, que, de la part de l'artiste qui, une fois par hasard, organise un concert, il y ait *entreprise de spectacles publics?* Il me paraît évident, et c'était aussi l'opinion de M. Bravard, que les rédacteurs de notre art. 632, en employant le mot *entreprise*, ont toujours voulu exprimer une série d'actes d'une certaine nature et non pas un acte isolé. La Cour de Paris a cependant jugé le contraire, mais sans donner aucun motif à l'appui de sa décision, par un arrêt du 3 juillet 1857 (1).

Puisque l'entreprise de spectacles publics constitue un acte de commerce, il s'ensuit que, s'il y a lieu d'actionner l'entre-

(1) Dev.-Car., 58, 2, 193. — Sur ce point, je me trouve d'accord avec M. Molinier, *op. cit.*, n° 47.

preneur à raison d'actes faits par lui en cette qualité d'entrepreneur, c'est devant le tribunal de commerce que l'action devra être portée. Cela s'applique sans difficulté au cas de poursuites exercées par un acteur ou par un musicien, par un employé, par un fournisseur, par un abonné. *Quid* s'il s'agit de poursuites exercées par le propriétaire de la salle contre l'entrepreneur, considéré comme locataire? En général, on n'admet pas que le commerçant qui, pour l'exercice de son commerce, prend une boutique à loyer, fasse en cela un acte de commerce et doive être poursuivi devant la juridiction consulaire pour inexécution du contrat de bail : la boutique est pour lui un moyen de spéculer, elle n'est pas l'objet même de la spéculation. Pour la salle de spectacle, il n'en est pas tout à fait de même : le directeur spécule sur le profit qu'il retirera de la location des différentes places destinées au public : en prenant la salle à loyer, il loue pour relouer ou pour sous-louer. Je crois donc qu'il y a là de sa part un acte de commerce. La Cour de Paris est allée plus loin : elle a décidé que le propriétaire d'un terrain, faisant construire un théâtre avec l'intention de l'exploiter lui-même, fait en cela un acte de commerce, et que, par conséquent, l'architecte devra le poursuivre, s'il y a lieu, devant la juridiction consulaire. En effet, ainsi que le dit M. Nouguier, la construction du théâtre peut être considérée comme le premier acte de l'entreprise de spectacles publics, spécialement réputée acte de commerce par l'art. 632 (1).

Si l'entrepreneur de spectacles publics est justiciable, en cette qualité, du tribunal de commerce, devons-nous en dire autant des artistes qu'il a engagés? A cet égard, les opinions sont très-divergentes. Suivant M. Molinier, « l'acteur qui perçoit des gages « fixes n'en concourt pas moins, avec le directeur qui le paie, « à l'entreprise qui a pour objet d'offrir un spectacle au pu- « blic; quoiqu'il ne soit pas associé, quoiqu'il ne perçoive pas « une quotité des bénéfices, il n'en est pas moins vrai que l'en-

(1) *Op. cit.*, t. I, p. 445 et 446.

« treprise n'existe que par son concours et qu'il s'engage avec « elle vis à vis du public. Il n'est plus dans la position de l'artiste « qui fait librement valoir son talent par lui-même : il a spé- « culé sur l'engagement de ses services, sur l'habileté du direc- « teur de la troupe dont il fait partie, et il a fait de l'exercice « de son art l'objet d'une opération commerciale... L'acteur fait « également acte de commerce en achetant les costumes, les « parures et autres objets qu'exigent ses rôles. C'est, en effet, en « vue d'une spéculation commerciale qu'il fait ces achats... Ceux « qui lui font ces fournitures lui accordent du crédit en vue « des bénéfices commerciaux que ces objets doivent lui procu- « rer... » (1). Cette doctrine conduit à dire, non-seulement que l'acteur doit être poursuivi devant le tribunal de commerce, mais encore que la contrainte par corps doit être prononcée contre lui toutes les fois qu'il est condamné au paiement d'une somme principale de 200 francs ou au-dessus (2). Mais cette doctrine, en elle-même, me paraît complétement erronée. Ce qui est acte de commerce, aux termes de la loi, c'est l'entreprise de spectacles publics ; or, si cette entreprise existe du côté du directeur, elle n'existe point du côté de l'acteur. Du côté de celui-ci, il y a purement et simplement une location de services, c'est-à-dire un contrat civil.

Une opinion plus répandue consiste à dire que sans doute l'acteur, en contractant un engagement, ne fait pas acte de commerce, mais que l'acteur, une fois engagé, n'est, en réalité, que le facteur ou le commis d'un commerçant, et qu'ainsi, aux termes de l'art. 634-1°, il est justiciable du tribunal de commerce pour le fait du trafic du directeur auquel il est attaché. Dans ce système, comme le remarque M. Nouguier, l'acteur ne serait pas, ainsi que dans le précédent, de plein droit contraignable par corps ; la contrainte par corps pourrait seulement être prononcée contre lui pour dommages-intérêts au-dessus de 300 francs, conformément

(1) *Op. cit.*, nos 49 et 50.
(2) Loi du 17 avril 1832, art. 1er.

à l'art. 126 du Code de procédure civile (1). — A mon sens, ce deuxième système n'est pas plus admissible que le premier. Il est absolument contraire à l'esprit de la langue française et même à la nature des choses de considérer les artistes comme étant les facteurs ou les commis du directeur qui les a engagés (2).

Tout récemment la Cour de Paris a consacré les véritables principes. Le tribunal de commerce de la Seine avait décidé : « que les artistes dramatiques apportent aux directeurs de « théâtres, par l'emploi de leur talent, un concours à l'exploi- « tation d'entreprises essentiellement commerciales; que leur « engagement avec les directeurs, fixant les conditions de ce « concours, est un contrat de louage de leur industrie, néces- « sairement soumis, pour les contestations que peut soulever « l'exécution de ses clauses, à l'appréciation des tribunaux de « commerce... » En appel, ce jugement a été infirmé : « At- « tendu que, si l'exploitation d'un spectacle public constitue « une opération commerciale, le comédien ne fait pas acte de « commerce; qu'il n'est point intéressé dans l'entreprise; qu'il « ne participe point aux chances de bénéfices ou de pertes; « qu'en louant son industrie il ne contracte qu'un engagement « civil; — Attendu, d'autre part, que, en vertu de cet engage- « ment, le comédien ne devient pas commis ou serviteur de « l'entrepreneur de théâtre, qu'il n'agit ni comme son manda- « taire ni comme son représentant; — Qu'ainsi la compétence « du tribunal de commerce ne peut s'appuyer sur les disposi- « tions ni de l'art. 632 ni de l'art. 634 du Code de com- « merce » (3).

IV. *Toute opération de change, banque et courtage.* — Il faut remarquer tout d'abord, avec M. Dalloz (4), qu'ici la loi subs-

(1) M. Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 443 et suiv. Comp. MM. Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n° 242; Orillard, *op. cit.*, n° 350, et Bédarride, *op. cit.*, n° 285.

(2) Comp. ce que j'ai dit à propos de l'art. 549, t. V, p. 581, note 1.

(3) Arrêt du 25 février 1865 (voy. *le Droit* du 1er mars).

(4) *Op.* et v° *cit.*, n° 244.

titue le mot *opération* au mot *entreprise*, de sorte que le caractère d'acte de commerce s'attache même à une opération unique de change, de banque ou de courtage.

Qu'est-ce que l'*opération de change* dont il est ici question? Suivant M. Bravard (1), il s'agit de l'engagement pris par celui qui appose sa signature sur une lettre de change, par exemple, en qualité d'accepteur ou d'endosseur. Assurément celui-là fait un acte de commerce; mais notre art. 632 s'occupe de lui dans son n° 7 et dernier, et non pas dans son n° 4. L'*opération de change* indiquée dans ce n° 4, c'est l'opération qui consiste à échanger certaines pièces de monnaie ou des titres au porteur contre une autre espèce de monnaie : en un mot, il s'agit ici de ce qu'on appelait autrefois le change *menu* ou *manuel* par opposition au *cambium locale* ou *trajectitium*. S'il en était autrement, on ne s'expliquerait pas pourquoi les rédacteurs de l'art. 632 auraient pris la peine de reproduire dans le n° 7 une disposition déjà contenue dans le n° 4 (2). Le sens de cette disposition est donc que celui qui, dans l'espoir de réaliser un bénéfice, me remet une certaine monnaie en échange d'une autre, que celui-là, ne fût-il pas changeur de profession, fait un acte de commerce (3). Bien entendu, celui qui se procure, au moyen d'un échange, sans aucune idée de spéculation, des pièces de monnaie qu'il pourra employer plus facile-

(1) Ci-dessus, p. 227.

(2) Voy., en ce sens, M. Alauzet, *op. cit.*, t. IV, n° 2036.

(3) Sur ce point, M. Bédarride professe une doctrine absolument contraire à la loi. Il commence par remarquer très-justement que, dans notre n° 4, la loi n'exige plus ni l'établissement ni l'entreprise; qu'une opération isolée suffit, non pour conférer à son auteur la qualité de commerçant, mais pour le soumettre à la juridiction consulaire pour toutes les difficultés nées à l'occasion de l'opération. Puis il ajoute : « Cependant ce « principe ne pouvait être absolu : il se modifie selon la nature des choses. « Ainsi, le change s'entend, non-seulement de la négociation des va- « leurs, mais encore du change d'une monnaie contre une autre;... or celui « qui accidentellement opérerait un change ne deviendrait pas commerçant « s'il ne l'était déjà; il ne pourrait même, à raison de ce, être justiciable « du tribunal de commerce, alors même qu'il eût réalisé le bénéfice que « le changeur de profession aurait retenu » (*op. cit.*, n° 287).

ment que celles qu'il abandonne, celui-là ne fait pas acte de commerce. Et de même, lorsque deux personnes, fussent-elles toutes deux commerçantes, échangent ensemble des pièces de monnaie diverses, si c'est par simple obligeance et pour se rendre réciproquement service, il n'y a point acte de commerce (1).

— Que faut-il entendre par une *opération de banque?* La principale fonction du banquier consiste à fournir de l'argent ou à prendre l'engagement d'en faire toucher dans tel ou tel lieu. Je n'ai pas à parler ici du cas où une lettre de change est créée, acceptée ou endossée, bien qu'il puisse y avoir là une opération de banque : nous savons que cela rentre dans le n° 7 de notre art. 632, et qu'aux termes de ce n° 7, le tireur, l'accepteur ou l'endosseur fait un acte de commerce. Mais je puis citer spécialement comme exemple d'*opération de banque* l'escompte d'une lettre de change, d'un billet à ordre ou de tout autre titre non encore exigible; de même la remise d'une lettre de crédit; de même l'ouverture d'un crédit à un propriétaire qui veut bâtir une maison sur son terrain, à un commerçant qui veut construire ou armer un navire, etc. — Ici comme dans l'achat pour revendre, comme dans le change de monnaies, etc., on comprend qu'il peut très-bien arriver que des deux parties contractantes une seule fasse acte de commerce, tandis que l'autre fait un acte purement civil (2).

La loi ne se borne pas à réputer acte de commerce *toute opération de banque;* elle ajoute *toutes les opérations des banques publiques.* Je crois, avec M. Bravard (3), qu'on a voulu exprimer par ces derniers mots que telle opération qui en elle-même serait purement civile devra être considérée comme commerciale par cela seul qu'elle émane d'une banque pu-

(1) Comp. MM. Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n° 245; Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 454; Orillard, *op. cit.*, n° 352; Bédarride, *op. cit.*, n° 288.

(2) Notamment en ce qui concerne la *lettre de crédit*, voy. M. Molinier *op. cit.*, n° 60.

(3) Ci-dessus, p. 229.

blique. Ainsi, en général, celui qui fait un prêt d'argent, une avance de fonds, même en stipulant des intérêts et en exigeant des sûretés particulières, celui-là fait un acte purement civil : s'il y a lieu de le poursuivre à l'occasion de ce prêt, c'est le tribunal civil qui sera compétent. Au contraire, que la Banque de France fasse une avance sur effets publics français et que, faute par l'emprunteur de satisfaire à son engagement, elle fasse vendre à la Bourse, conformément à l'art. 5 de l'Ordonnance du 15 juin 1834, tout ou partie des effets qui lui ont été transférés, il y a là de sa part un acte de commerce (1). De même lorsqu'elle reçoit à titre de dépôt volontaire les objets mentionnés dans le décret du 3 septembre 1808. Il est clair que la Banque fait également acte de commerce quand elle émet des billets, quand elle se charge de recouvrements, etc.

— Le *courtage* est le fait d'un individu qui prépare et facilite la conclusion d'un marché, en abouchant deux personnes qu'il sait être disposées chacune de son côté à faire le marché dont il s'agit. Paul a du blé à vendre, Pierre désire acheter du blé : ces deux personnes, ne se connaissant pas, n'auront pas l'idée de s'adresser l'une à l'autre; un tiers, qui est au courant des dispositions de chacune, les rapproche de telle sorte que la vente s'effectue par son entremise. Cette opération de courtage est un acte de commerce, en supposant bien entendu que le tiers qui joue ainsi le rôle d'intermédiaire entre les parties se fasse payer le service qu'il leur a rendu : ce tiers spécule sur la connaissance qu'il a de la situation de la place et de la position actuelle des personnes qui font habituellement des affaires.

La loi du 28 ventôse an IX contient les dispositions suivantes :

Art. 6. « Dans toutes les villes où il y aura une Bourse, il y

(1) Le mont-de-piété, qui fait aussi des avances sur nantissement, n'est pas une *banque publique* dans le sens de notre article : c'est un établissement charitable et non un établissement commercial.

« aura des agents de change et des courtiers de commerce « nommés par le Gouvernement » (1).

Art. 7. « Les agents de change et courtiers qui seront nom- « més en vertu de l'article précédent auront seuls le droit d'en « exercer la profession, de constater le cours du change, celui « des effets publics, marchandises, matières d'or et d'argent, « et de justifier devant les tribunaux ou arbitres la vérité et le « taux des négociations, ventes et achats. »

Art. 8. « Il est défendu, sous peine d'une amende, qui sera « au plus du sixième du cautionnement des agents de change « ou courtiers de la place, et au moins du douzième, à tous indi- « vidus autres que ceux nommés par le Gouvernement, d'exer- « cer les fonctions d'agent de change ou courtier. L'amende « sera prononcée correctionnellement par le tribunal de pre- « mière instance, payable par corps et applicable aux enfants « abandonnés. »

Ces dispositions sont renforcées par l'arrêté du 27 prairial an X, dans lequel nous trouvons ce qui suit :

Art. 4. « Il est défendu, sous les peines portées par les « art. 13 de l'arrêt du Conseil du 26 novembre 1781 et 8 de la « loi du 28 ventôse an IX, à toutes personnes autres que celles « nommées par le Gouvernement, de s'immiscer en façon quel- « conque, et sous quelque prétexte que ce puisse être, dans les « fonctions des agents de change et courtiers de commerce, « soit dans l'intérieur, soit à l'extérieur de la Bourse. Les « commissaires de police sont spécialement chargés de veiller « à ce qu'il ne soit pas contrevenu à la présente disposition. — « Il est néanmoins permis à tous particuliers de négocier entre « eux et par eux-mêmes les lettres de change ou billets à leur « ordre ou au porteur, et tous les effets de commerce qu'ils « garantiront par leur endossement, et de vendre ainsi par « eux-mêmes leurs marchandises. »

Art. 6. « Il est défendu, sous les peines portées contre

(1) Cette disposition est reproduite dans l'art. 75 du Code de commerce.

« ceux qui s'immiscent dans les négociations sans être agents « de change ou courtiers, à tout banquier, négociant ou mar- « chand, de confier ses négociations, vente ou achat, et de « payer des droits de commission ou de courtage, à d'autres « qu'aux agents de change et courtiers... »

ART. 7. « Conformément à l'art. 7 de la loi du 28 ventôse « an IX, toutes négociations faites par des intermédiaires sans « qualité sont déclarées nulles. »

Il va sans difficulté que toute opération faite par un agent de change ou par un courtier dans l'exercice de ses fonctions est un acte de commerce. Mais que décider en ce qui concerne une *opération de courtage* faite par un simple particulier? Dans les localités où il n'y a pas de Bourse, où par conséquent il n'y a pas de courtiers officiels, chacun est libre de se livrer à des opérations de courtage, et il faut certainement dire, aux termes de notre art. 632, que de la part de celui qui fait une opération de courtage il y a un acte de commerce. Quant au courtage exercé d'une manière illicite, c'est-à-dire exercé par un individu sans qualité dans une ville où il existe une Bourse de commerce, voici comment s'exprime M. Molinier : « Les « négociations ainsi faites par des individus sans qualité sont « déclarées nulles. On doit dès lors en induire que le courtage « illicite ne saurait être réputé acte de commerce, puisque la « loi, loin de l'avouer, dénie même, à cette occasion, toute ac- « tion en justice. Les actes du courtier marron n'ont d'exis- « tence juridique qu'à raison des peines encourues par ceux « dont ils émanent. Ils sont censés ne pas exister à l'égard de « la loi commerciale, puisqu'elle ne s'en occupe que pour les « proscrire et pour les frapper de nullité. Ils ne constituent « donc pas des actes de commerce... » (1). Cette doctrine, repoussée par tous les auteurs (2), me paraît, en effet, reposer sur

(1) *Op. cit.*, n° 53.

(2) Voy. MM. Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n° 255; Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 465; Bédarride, *op. cit.*, n° 295. Seul, M. Orillard (n° 364) se range à l'idée de

une confusion. L'homme qui, contrairement à la prohibition de la loi, fait un acte de courtage, sera puni correctionnellement; de plus, la négociation par lui faite est frappée de nullité, ce qui veut dire notamment qu'il n'a droit à aucun salaire. Mais, si par ses soins deux personnes ont été mises en présence et amenées à conclure, par exemple, un contrat de vente, est-ce que ce contrat de vente lui-même est frappé de nullité? Telle n'est point, à mon sens, la pensée de la loi. La vente aurait pu se faire valablement sans la médiation, sans l'entremise du courtier marron; en droit, nous tenons pour non avenue cette entremise qui en fait a conduit les parties à contracter l'une avec l'autre : le contrat de vente n'en subsiste pas moins. Et s'il se trouve qu'il y ait lieu, pour l'une des parties, de demander un compte à l'entremetteur, qui a peut-être touché des sommes par suite du rôle qu'en fait il a joué dans la négociation, je ne comprends pas comment il pourrait argumenter de son délit pour décliner la compétence du tribunal de commerce.

Aux termes de l'art. 74 du Code de commerce, la loi reconnaît les courtiers comme agents intermédiaires *pour les opérations commerciales*. S'ensuit-il que, si l'opération conclue par l'entremise d'un courtier n'avait rien de commercial, si, par exemple, un propriétaire a vendu les produits de son crû à un homme qui les achète pour sa consommation personnelle, l'entremise du courtier dût être considérée comme cessant elle-même de constituer un acte de commerce? Je ne le crois pas. L'art. 74 est purement énonciatif : il parle *de eo quod plerumque fit*. Que l'opération soit civile ou commerciale, le courtier par l'entremise de qui elle se conclut fait toujours acte de spéculation. Aussi notre art. 632 dit-il, dans les termes les plus généraux, que la loi répute acte de commerce *toute opération de courtage*.—J'irais même jusqu'à penser que le simple particulier qui, d'une manière licite ou d'une manière illicite,

M. Molinier : « Un délit, dit-il, ne peut donner naissance à un acte de com-« merce. »

s'entremet, moyennant salaire, pour amener la conclusion d'un marché de cette espèce, fait en cela un acte de commerce : il spécule, et le texte de l'art. 632 s'applique parfaitement à lui. Comme le remarque très-bien M. Molinier, « le courtage offre un fait séparé de la vente qu'il a eu pour objet d'opérer, et constitue par lui-même un acte de commerce » (1). Seulement il ajoute que cette décision ne pourrait plus s'appliquer s'il s'agissait de la vente d'une chose qui par sa nature ne peut pas être réputée *marchandise*, d'un immeuble, par exemple (2).

L'agent de change ou le courtier, qui en cas de contestation avec son client devrait être poursuivi devant le tribunal de commerce, peut-il, dans le cas inverse, actionner son client devant le même tribunal? Cela dépend des circonstances : le client peut avoir fait un acte purement civil ; il peut aussi avoir fait un acte commercial. Je tiens pour parfaitement exacte la doctrine consacrée par la Cour de cassation dans l'arrêt suivant, du 25 juillet 1864 :

« Attendu qu'il est reconnu, en fait, par l'arrêt attaqué, que « F., agent d'affaires, avait pour élément principal de sa pro- « fession la négociation et le placement pour autrui des valeurs « de bourse ; que c'est pour le fait de son commerce qu'il s'est « mis en rapport avec l'agent de change B. ; qu'il est résulté de « ces relations un compte dont le règlement fait l'objet de la « demande formée par F. contre B. ; et que l'arrêt conclut de « ces faits que le règlement de leurs comptes respectifs consti- « tue une liquidation d'opérations commerciales, de la compé- « tence des tribunaux consulaires ; — Attendu que, si l'ordre « d'achat et de vente, donné à un agent de change, constitue « un mandat civil qui ne donne point, en général, à celui-ci « une action commerciale contre son client, il en est autrement

(1) *Op cit.*, n° 54.

(2) Au moins faut-il admettre, avec M. Dalloz (*op.* et v° *cit.*, n° 253), que celui qui ferait profession de mettre en rapport les vendeurs et les acheteurs d'immeubles et de favoriser leurs opérations serait un véritable *agent d'affaires* et passible, à ce titre, de la juridiction consulaire.

« lorsque c'est l'agent de change qui est actionné en justice « pour l'exécution de ce mandat, considéré comme fait de cour- « tage et de commission, aux termes de l'art. 632 du Code de « commerce ; et qu'il y a acte de commerce de la part des deux « parties lorsque les opérations, suivies entre elles, se ratta- « chent à leur négoce respectif : au négoce de l'agent d'affaires, « ayant pour profession habituelle la négociation pour autrui « des valeurs de bourse, et à celui de l'agent de change, inter- « médiaire obligé de ces sortes de négociations... » (1).

V. *Lettres de change ou remises d'argent faites de place en place.* — Toute personne obligée par lettre de change, c'est-à-dire comme ayant apposé sa signature sur une lettre de change, s'il y a lieu de la poursuivre en exécution de l'obligation ainsi contractée, est justiciable du tribunal de commerce. Cela s'applique au tireur, à l'accepteur, à l'endosseur. En ce qui concerne le donneur d'aval, il y a quelque chose de particulier : aux termes de l'art. 142, la garantie dont il s'agit peut être fournie sur la lettre même ou par acte séparé, et, dans les deux cas, le donneur d'aval est tenu par les mêmes voies que les tireur et endosseurs (2). — Il n'y a pas ici à s'inquiéter de la cause pour laquelle s'oblige le tireur, l'accepteur ou l'endosseur : cette cause fût-elle purement civile, une fois que la personne est obligée dans la forme d'une lettre de change, elle est justiciable du tribunal de commerce. Cela résulte évidemment de notre art. 632 *in fine;* et la différence qui existe à cet égard entre la lettre de change et le billet à ordre apparaît clairement dans les art. 636 et 637, ainsi que dans l'art. 189. Voyez aussi l'art. 3 de la loi du 17 avril 1832. Pour que la lettre de change soit mise purement et simplement sur la même ligne que le billet à ordre, soit au point de vue de la compétence, soit au point de vue de la contrainte par corps, il faut toujours qu'on se trouve dans un des cas excep-

(1) Dev.-Car., 64, 1, 500.
(2) Comp. notre t. III, p. 234 et suiv., 313 et suiv.

tionnels où elle ne vaut que comme simple promesse (1).

Aux termes de notre art. 632, la loi répute actes de commerce, *entre toutes personnes*, les lettres de change ou remises d'argent faites de place en place. Par ces mots *entre toutes personnes*, on a voulu exprimer que celui qui est obligé par lettre de change n'a pas besoin d'être commerçant pour se trouver justiciable du tribunal de commerce : son engagement, d'après la forme même sous laquelle il se produit, constitue, aux yeux de la loi, un acte de commerce : la règle, en cette matière, est que le signataire non-commerçant n'est pas traité autrement que le signataire commerçant. Il n'en est pas moins vrai que, conformément à l'art. 113, si une femme ou une fille non négociante ou marchande publique a mis sa signature sur une lettre de change, cela ne vaut à son égard que comme simple promesse, — d'où il résulte, suivant moi, que, dans l'hypothèse où sur le même titre ne se trouverait aucune signature d'individu capable de s'obliger par lettre de change, et où de plus l'obligation ainsi contractée ne serait pas en elle-même commerciale, la femme ou la fille dont nous parlons pourrait parfaitement décliner la compétence du tribunal de commerce (2). De même, conformément à l'art. 114, l'engagement qu'aurait pris par lettre de change un mineur non négociant (et non autorisé dans les termes de l'art. 3) est frappé de nullité : le mineur peut bien être condamné *quatenus locupletior factus est*, par application de l'art. 1312 du Code Napoléon; mais, en principe, c'est au tribunal civil qu'il appartient de prononcer cette condamnation (3).

Supposons qu'une lettre de change a été souscrite par une personne parfaitement capable de s'obliger ainsi; seulement cette personne demande la nullité de l'obligation, attendu que son consentement aurait été vicié. Ou bien encore la lettre de

(1) Voy. notre t. III, p. 114 et suiv.

(2) Voy. notre t. III, p. 130, note 3. Comp. M. Orillard, *op. cit.*, n° 386.

(3) Comp. notre t. III, p. 125 et suiv. Voy. aussi M. Orillard, *op. cit.*, n° 390.

change a été souscrite par un mineur commerçant ; il demande la nullité, comme s'étant obligé en dehors des termes dans lesquels il avait été autorisé à faire le commerce. Dans les deux cas, la question de nullité est-elle de la compétence du tribunal civil ou de la compétence du tribunal de commerce? En principe, je suis disposé à dire qu'elle est de la compétence du tribunal de commerce : car, en définitive, il s'agit d'apprécier la validité d'un acte de commerce, de rechercher si une personne se trouve ou non obligée commercialement. Toutefois, la Cour suprême paraît admettre qu'il y a lieu de faire une distinction. La personne qui a souscrit la lettre de change est-elle déjà poursuivie en exécution de son engagement devant le tribunal de commerce : alors ce tribunal sera compétent pour connaître de la nullité alléguée par le défendeur. Au contraire, la personne qui a souscrit la lettre de change veut-elle prendre les devants, et, sans qu'aucune poursuite ait encore été exercée contre elle, faire prononcer la nullité de son obligation : alors c'est au tribunal civil qu'elle doit s'adresser. Voici, au surplus, le texte même de l'arrêt, qui porte la date du 23 mars 1857 :

« La Cour :

« Vu les art. 631, 632 et 638 du Code de commerce ;

« Attendu qu'il résulte de l'arrêt attaqué que le mineur B. « fut valablement émancipé et autorisé à faire le commerce, « conformément aux art. 487 du Code Napoléon et 2 du Code « de commerce ; — Attendu que, depuis cette autorisation, il « souscrivit plusieurs lettres de change en faveur d'autres com- « merçants ; — Attendu que ces lettres de change, mises en « circulation, furent protestées, à leur échéance, faute de paie- « ment, ce qui motiva l'action du porteur G. devant le tribu- « nal de commerce ; — Attendu que ce tribunal était compé- « tent pour connaître de cette action, soit à raison de la nature « des titres, soit à raison de la qualité de commerçant qui ap- « partenait au tireur, au tiré et aux endosseurs ; — Attendu « que, pour soustraire la cause à la juridiction consulaire, on

« oppose vainement pour le mineur B. qu'il avait déjà saisi la « juridiction civile de la demande en nullité de ces lettres de « change, comme ayant été arrachées par dol et par fraude, et « même pour des faits étrangers au commerce pour lequel il « avait été autorisé; — Attendu, d'une part, qu'il ne résulte « pas des qualités de l'arrêt attaqué et qu'il n'est pas d'ailleurs « justifié que l'action civile ait précédé l'action commerciale; « — Attendu, d'autre part, qu'aux termes de l'art. 638 du Code « de commerce, les billets souscrits par un négociant sont cen- « sés faits pour son commerce lorsqu'une autre cause n'y est « pas énoncée; — Attendu que les effets dont il s'agit, loin « d'exprimer une cause non commerciale, sont causés, au « contraire, *pour valeur en marchandises;* — Attendu que l'al- « légation du souscripteur ne saurait prévaloir, au point de vue « de la compétence, sur cette énonciation ni sur la présomption « légale de commercialité écrite dans l'art. 638 précité; — At- « tendu enfin que l'exception de dol ou de fraude, relevée con- « tre ces lettres de change, pouvait être débattue devant le « tribunal de commerce, puisque cette exception se rattachait « essentiellement à la validité et à l'exécution de ces lettres de « change dont ledit tribunal avait été compétemment saisi; — « Attendu qu'en décidant le contraire l'arrêt attaqué a violé les « articles ci-dessus;

« Casse..... » (1).

— L'art. 632 ne se borne pas à dire que la loi répute actes de commerce entre toutes personnes *les lettres de change;* il ajoute *ou remises d'argent faites de place en place.* Quelques auteurs entendent ces derniers mots en ce sens que le tribunal de commerce est compétent pour connaître des différends auxquels peut donner lieu le *billet à domicile*, c'est-à-dire le billet à ordre qui est souscrit dans une place de commerce et payable dans une autre. Telle était notamment l'opinion de M. Bravard (2).

(1) Dev.-Car., 58, 1, 300.
(2) Ci-dessus, p. 228 et 229.

La jurisprudence, après avoir hésité quelque temps sur la question, paraît aujourd'hui fixée en ce sens que les règles du billet à ordre (art. 636 et 637) doivent être purement et simplement appliquées à ce qu'on appelle *le billet à domicile*. Je crois que cette jurisprudence est conforme aux principes et à la volonté du législateur (1).

Les actes de commerce dont nous avons parlé jusqu'ici et qui sont indiqués dans l'art. 632 se référaient, en général, au commerce terrestre. Aux termes de l'art. 633, la loi répute également actes de commerce certaines entreprises ou certaines opérations qui se rattachent à la navigation, au commerce maritime. Nous allons étudier successivement les actes de commerce compris dans cette seconde catégorie.

Il faut remarquer tout d'abord qu'anciennement les contestations soulevées en matière de commerce maritime étaient de la compétence des amirautés. « Dès qu'il y a eu un amiral en France, « dit Valin, il y a eu des juges d'amirauté pour connaître, pri- « vativement à tous autres juges, des causes maritimes, tant « au criminel qu'au civil, et entre quelques personnes que ce « fût. C'est ce que prouvent toutes les anciennes Ordonnances, « à la tête desquelles on peut mettre la Transaction du 30 août « 1377 » (2). Une innovation considérable fut apportée en cette matière par l'Ordonnance du commerce, de 1673, dans laquelle nous trouvons un article ainsi conçu (Tit. XII, art. 7) : « Les « juge et consuls connaîtront des différends à cause des assu- « rances, grosses aventures, promesses, obligations et contrats « concernant le commerce de la mer, le fret et le naulage des « vaisseaux. » Mais cette disposition ne fut guère appliquée. « A peine cette Ordonnance fut-elle publiée, dit Valin, que M. « le comte de Vermandois, alors amiral de France, se pourvut « au Conseil d'Etat du Roi, par requête en opposition contre

(1) Voy. ce que j'ai dit sur ce point, t. III, p. 38, note.
(2) *Commentaire sur l'Ordonnance de la Marine* (Livre I, Tit. II, art. 1).

« cet article, opposition fondée sur ce que de tout temps ces « sortes de causes avaient été de la compétence de sa juridic- « tion et qu'elle serait ruinée si cet article subsistait » (1). Sur cette requête intervint, dès le 28 juin 1673, un arrêt du Conseil, par lequel *Sa Majesté a sursis et sursoit à l'exécution de l'art. 7 du Titre* XII *de l'Ordonnance du mois de mars dernier ; ordonne, en conséquence, que les officiers des amirautés continueront l'exercice de leurs charges et connaîtront du commerce de la mer, comme ils faisaient auparavant.* Par un nouvel arrêt du Conseil, du 13 avril 1679, *le Roi a maintenu et gardé définitivement les juges de l'amirauté au droit et possession de connaître des différends procédant des assurances, grosses aventures*, etc., *comme ils auraient pu faire avant l'art. 7 du Titre* XII *de l'Ordonnance de* 1673. Enfin l'Ordonnance de la Marine, de 1681, contient (Livre I, Titre II) un Titre, intitulé : *De la compétence des juges de l'amirauté*, dans lequel nous trouvons notamment les deux dispositions suivantes :

ART. 1. « Les juges de l'amirauté connaîtront, privativement « à tous autres, et entre toutes personnes, de quelque qualité « qu'elles soient, même privilégiées, Français et étrangers, « tant en demandant que défendant, de tout ce qui concerne la « construction, les agrès et apparaux, avitaillement et équipe- « ment, vente et adjudication des vaisseaux. »

ART. 2. « Déclarons de leur compétence toutes actions qui « procèdent de chartes-parties, affrétements ou nolissements, « connaissements ou polices de chargement, fret ou nolis, enga- « gement ou loyer de matelots, et des victuailles qui leur se- « ront fournies pour leur nourriture par ordre du maître pen- « dant l'équipement des vaisseaux ; ensemble des polices d'as- « surances ; obligations à la grosse aventure ou à retour de « voyage, et généralement de tous contrats concernant le com- « merce de la mer, nonobstant toutes soumissions et priviléges « à ce contraires. »

(1) *Op. cit.* Livre I, Tit. II, art. 2).

Cet état de choses subsista jusqu'à la Révolution. La loi des 16-24 août 1790 pose en principe (Titre XII, art. 2) que le tribunal de commerce connaîtra de toutes les affaires de commerce, tant de terre que de mer, sans distinction. La loi des 9-13 août 1791 dit également (Titre I, art. 1) que les tribunaux de commerce connaîtront de toutes affaires de commerce de terre et de mer, en matière civile seulement, et sans y comprendre, quant à présent, la compétence pour les prises. En vertu de cette même loi de 1791 (Titre V, art. 1), les tribunaux d'amirauté demeurent supprimés.

Prenons maintenant en détail les différents cas indiqués dans l'art. 633 du Code de commerce.

1. *Entreprise de construction, achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure.* — L'*entreprise de construction* dont il s'agit ici, c'est l'entreprise de construction appliquée aux bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure. Ainsi que nous l'avons vu (1), celui qui se charge de construire une maison, un pont, etc., ne doit être considéré, dans le système de la loi, comme faisant acte de commerce qu'autant qu'il se charge de fournir les matériaux nécessaires : pour que ce constructeur soit justiciable du tribunal de commerce, il faut nécessairement qu'il y ait de sa part *entreprise de fournitures*. Au contraire, l'entrepreneur de constructions navales fait toujours acte de commerce, lors même qu'il se chargerait purement et simplement de la construction, et qu'il n'aurait pas à se procurer les matériaux nécessaires. — Cet entrepreneur de construction doit être considéré comme faisant acte de commerce, soit vis à vis de celui qui fait construire le navire, soit vis à vis des ouvriers qui travaillent sous sa direction, soit enfin vis à vis des sous-entrepreneurs, si lui-même a fait marché avec des tiers pour telle et telle parties de la construction. De son côté, le sous-entrepreneur, à la différence du simple ouvrier, fait acte de commerce vis à vis de l'entrepreneur princi-

(1) Ci-dessus, p. 346.

pal et vis à vis des ouvriers qu'il emploie : il y a bien de sa part *entreprise de construction* (1).

L'achat ou la vente d'un navire est toujours un acte de commerce, sans distinguer si le navire est destiné à la navigation fluviale ou à la navigation maritime. Il faut seulement supposer un navire qui sert à spéculer sur le transport des personnes ou des marchandises. Si j'achète un navire uniquement pour faire des promenades ou des voyages, sans aucune idée de trafic ou de spéculation, je ne fais pas en cela un acte de commerce; et de même si, possédant un navire dans ce but, je me décide à le vendre. Du reste, il peut arriver ici ce qui arrive dans bien d'autres cas : c'est qu'il y ait acte de commerce de la part d'un des contractants, acte purement civil de la part de l'autre. J'avais un navire pour mon agrément personnel, et je le vends à un homme qui compte l'employer à un transport salarié de personnes ou de marchandises : il y a de ma part un acte civil, tandis qu'il y a très-bien de la part de l'acheteur un acte de commerce.

L'art. 633, disant que la loi répute acte de commerce toute vente de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure, ne peut avoir eu en vue que la *vente volontaire*, non la *vente sur saisie*. C'est ce qui a été très-justement reconnu par un Avis du Conseil d'État, du 17 mai 1809, dont voici le texte :

« Le Conseil d'État, qui, d'après le renvoi ordonné par « Sa Majesté, a entendu le rapport de la Section *de législation* « sur celui du Grand-Juge ministre de la justice, tendant à « faire décider à qui des tribunaux ordinaires ou des tribunaux

(1) Quant aux actions que l'entrepreneur ou le sous-entrepreneur pourrait être dans le cas d'intenter contre ses ouvriers, il y aurait lieu d'appliquer la disposition suivante de la loi du 28 mai 1838 (art. 5) : « Les juges « de paix connaîtront, sans appel, jusqu'à la valeur de cent francs, et, à « charge d'appel, à quelque valeur que la demande puisse s'élever : 1°...; « 2°...; 3° des contestations relatives aux engagements respectifs des gens « de travail au jour, au mois et à l'année, et de ceux qui les emploient...; « des maîtres et de leurs ouvriers ou apprentis, sans néanmoins qu'il soit « dérogé aux lois et règlements relatifs à la juridiction des prud'hommes. »

« de commerce il appartient de connaître des ventes des na-
« vires saisis ;

« Considérant qu'aux termes de l'art. 442 du Code de procé-
« dure civile les tribunaux de commerce ne peuvent connaître
« de l'exécution de leurs jugements ; — Que la vente des na-
« vires saisis ne peut être faite sans le ministère d'avoués, puis-
« que l'art. 204 du Code de commerce porte expressément que
« le nom de l'avoué du poursuivant doit être désigné dans les
« criées, publications et affiches; que le ministère des avoués
« est interdit dans les tribunaux de commerce par l'art. 414 du
« Code de procédure et par l'art. 627 du Code de commerce;
« — Que de ces diverses dispositions il résulte que la vente des
« navires saisis ne peut avoir lieu devant les tribunaux de
« commerce; — Qu'enfin il ne peut être établi aucune assimi-
« lation entre les tribunaux de commerce actuels et les amirau-
« tés; qu'il existait auprès des amirautés un officier du ministère
« public; que le ministère des procureurs, loin d'y être inter-
« dit, y était nécessaire, et qu'elles connaissaient de l'exécution
« de leurs jugements; que, si dans cet état les amirautés ont dû
« connaître des ventes des navires saisis, la raison contraire en
« exclut les tribunaux de commerce :

« Est d'avis que la connaissance des ventes des navires saisis
« appartient aux tribunaux ordinaires... »

11. *Expéditions maritimes.* — Toute personne qui arme ou expédie un navire, soit en vue du transport des personnes ou des marchandises, soit en vue de la pêche, fait acte de commerce : par conséquent, les obligations contractées par cette personne, à l'occasion de l'expédition dont il s'agit, sont de la compétence du tribunal de commerce. Ainsi, j'expédie aux Antilles un navire chargé de spiritueux, lequel doit revenir en France avec un chargement de sucres : il est d'abord évident que l'achat et la revente des spiritueux, l'achat et la revente des sucres, sont des actes de commerce; mais, pour le décider ainsi, nous n'avons même pas besoin de la disposition de notre

art. 633. Le sens véritable de cette disposition est que toute obligation dont je puis me trouver tenu en ma qualité d'expéditeur est de la compétence du tribunal de commerce. Il n'est même pas nécessaire que l'obligation dont il s'agit résulte d'un contrat. Aussi la Cour suprême a-t-elle décidé, par un arrêt de cassation, du 22 avril 1835, que « les frais sanitaires faits à « bord d'un navire durant l'expédition, étant une suite et une « conséquence de cette expédition, font nécessairement partie « des frais qu'elle occasionne, et que, dès lors, les contestations « qui s'élèvent à l'occasion desdits frais sanitaires sont des con- « testations relatives aux frais d'une expédition maritime et « rentrent, par leur nature, dans la compétence des tribunaux « de commerce » (1). Comme le dit très-bien M. Orillard, « que « les actes de la commission sanitaire n'aient rien de commer- « cial, c'est ce que personne n'entreprendra de contester; mais « l'obligation de payer les frais de visite, étant contractée pour « les besoins de l'expédition, est un acte de commerce » (2).

L'Ordonnance de la Marine, de 1681, attribuait expressément aux amirautés (Livre I, Titre II, art. 3) la connaissance des bris, naufrages et échouements, du jet et de la contribution, des avaries, et des dommages arrivés aux vaisseaux et aux marchandises de leur chargement. Il est universellement admis que nos tribunaux de commerce sont compétents en ces matières comme l'étaient autrefois les amirautés ; que notamment ils sont compétents pour statuer sur l'indemnité réclamée en cas d'abordage. Mais on n'est point d'accord sur le point de savoir s'ils sont également compétents quand l'abordage a eu lieu sur un fleuve ou sur une rivière et non en mer. La Cour de cassation a été appelée récemment à se prononcer sur la question, et je crois qu'elle l'a résolue de la manière la plus conforme aux principes. Un abordage ayant eu lieu sur le Rhône, le tribunal de commerce de Lyon s'était déclaré compétent pour en connaître. Sur

(1) Voy. M. Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n° 300.
(2) *Op. cit.*, n° 465.

l'appel, arrêt infirmatif, motivé comme il suit : « Les tribunaux de commerce ne connaissent que des engagements commerciaux ou légalement présumés tels ; il n'y a d'engagement commercial que celui qui naît d'un contrat ou d'un fait de nature commerciale ; dans l'espèce, l'engagement dont on se prévaut résulterait d'un fait accidentel et non d'un fait commercial. Il importe peu que les bateaux entre lesquels a eu lieu l'abordage fussent l'un et l'autre employés à des opérations commerciales : un fait qui n'est pas commercial en soi ne change pas de nature et ne devient pas commercial par cela seul qu'il se produit à l'occasion et même dans le cours d'une opération commerciale. Il importe peu aussi que le prétendu fait obligatoire ait eu lieu entre personnes qui toutes deux étaient commerçantes : les engagements qui interviennent entre commerçants ne sont pas nécessairement commerciaux ; ils sont seulement présumés tels, et cette présomption cesse quand elle est démentie par la nature du contrat ou des faits générateurs de l'engagement. — Il est vrai que les faits d'abordage dans la navigation maritime sont de la compétence des tribunaux de commerce. Mais, d'une part, la juridiction consulaire, tout exceptionnelle, ne peut pas être étendue, par analogie, d'un cas à un autre ; et, d'autre part, les circonstances particulières qui ont fait entrer les abordages maritimes sous l'empire de la juridiction consulaire, sont étrangères aux abordages fluviaux. En effet, dans l'ancien droit, la connaissance des cas d'abordage maritime appartenait à des tribunaux spéciaux, aux tribunaux de l'amirauté ; en supprimant les tribunaux de l'amirauté, le législateur moderne a transféré la généralité de leurs attributions aux tribunaux de commerce, et c'est ainsi que les tribunaux de commerce se sont trouvés saisis de la connaissance des abordages maritimes, les seuls qui fussent de la compétence des tribunaux de l'amirauté. »

Cet arrêt de la Cour de Lyon a été cassé, le 24 août 1863, comme violant les art. 631 et 632 : « Attendu, dit la Cour de « cassation, qu'aux termes du premier de ces articles, les tri-

« bunaux de commerce connaissent de toutes contestations « relatives aux engagements et transactions entre négociants ; « que, par la généralité de ces expressions, l'art. 631 com- « prend les contestations relatives, non-seulement aux obliga- « tions conventionnelles, mais encore à celles qui se forment « sans conventions, par l'effet d'un quasi-contrat ou même « d'un quasi-délit, lorsque ces engagements résultent d'une « faute commise dans l'exercice d'une industrie dont les règles « et les devoirs sont méconnus par un commerçant au préju- « dice d'un autre..... » (1).

III. *Achat ou vente d'agrès, apparaux et avitaillements.* — L'Ordonnance de la Marine, de 1681, donnait aux juges de l'amirauté la connaissance exclusive de tout ce qui concerne les agrès et apparaux, avitaillement et équipement des vaisseaux (Liv. I, Tit. II, art. 1er). Que l'achat d'agrès, apparaux et avitaillements, soit un acte de commerce, cela résultait déjà suffisamment du n° précédent de notre art. 633 : car l'achat dont il s'agit est l'accessoire indispensable d'une expédition maritime. Quant à la vente des mêmes objets, on aurait pu douter ; en présence du texte formel de la loi, il faut dire que, s'il y a lieu d'actionner le vendeur, c'est le tribunal de commerce qui sera compétent. Toutefois la vente qu'un propriétaire ferait des denrées provenant de son crû pour avitailler un navire ne le rendrait pas justiciable des tribunaux de commerce : comme le dit très-bien M. Molinier, « cette vente n'offrirait de sa part « rien de commercial, et resterait, à son égard, régie par le « droit civil, conformément aux principes consacrés par l'arti- « cle 638, dont les dispositions doivent nécessairement être « combinées avec celles qui les précèdent » (2).

IV. *Affrétement ou nolissement, emprunt ou prêt à la grosse, assurances et autres contrats concernant le commerce de mer.* —

(1) Dev.-Car., 63, 1, 497.
(2) *Op. cit.*, n° 83.

Affréter un navire, c'est le prendre à loyer. Le contrat de louage, appliqué à un navire, s'appelle *affrétement* ou *nolissement;* on donne le nom de *fréteur* au bailleur, et le nom d'*affréteur* au preneur; enfin, le *fret* ou *nolis,* c'est le prix du loyer (1). Toute contestation qui peut naître à la suite du contrat dont il s'agit est de la compétence des tribunaux de commerce. Mais on s'est demandé s'il y a lieu d'appliquer la disposition de notre article lorsqu'un simple passager actionne l'armateur à raison de la perte de ses bagages. La Cour de cassation, par un arrêt du 11 janvier 1860, s'est prononcée pour la négative. Voici comment elle motive cette décision : « Les tribunaux civils, investis de la plénitude de juridiction, sont compétents pour connaître des contestations commerciales; ce principe ne reçoit d'exception que dans les deux cas prévus par l'art. 631 du Code de commerce, à savoir : lorsque la contestation est relative aux engagements et transactions entre négociants, marchands ou banquiers, ou bien lorsque le procès se meut à l'occasion d'actes qui sont de leur nature des actes de commerce. Dans l'espèce, R. A. n'étant pas commerçant, la juridiction consulaire n'aurait été compétente que tout autant que l'action eût procédé d'un contrat commercial. — L'assignation donnée par R. A. avait pour objet le paiement des bagages qui avaient péri avec le bâtiment sur lequel il était embarqué, et procédait des dispositions des art. 1382 et 1784 du Code Napoléon : considérée en elle-même, cette action était purement civile et de la compétence des tribunaux ordinaires; pour qu'il en fût autrement, il faudrait qu'une disposition expresse de la loi en eût fait l'attribution aux tribunaux de commerce, ainsi qu'elle l'a décidé en matière de faillite, de lettres de change et de contrats maritimes. Mais aucun texte de loi n'a déféré à la juridiction consulaire la connaissance du litige qui s'élève entre le capitaine et le voyageur qui réclame ses bagages. En prenant place avec les effets qui l'accompagnent

(1) Voy. notamment les art. 273, 286 et suiv. du Code de commerce.

sur un bâtiment à vapeur pour le transporter d'un lieu à un autre, le passager ne fait pas un acte de commerce et ne contracte pas un *affrétement* dans le sens de l'art. 633 : si absolus que soient les termes du § 4 de cet article, ils reçoivent une limitation nécessaire des expressions qui le terminent et qui restreignent la qualité d'actes de commerce aux *contrats concernant le commerce de mer;* d'ailleurs, pour qu'une convention de la nature de celle dont il s'agit au procès pût être considérée comme un *affrétement,* il faudrait (car telle est la condition exigée par l'art. 273 du Code de commerce) qu'elle eût dû être constatée par écrit dans un acte que la loi appelle *charte-partie.* On ne saurait donc prétendre que le passager qui monte accidentellement sur un navire avec ses bagages, et dont les conventions avec le capitaine sont purement verbales, ait contracté un acte d'affrétement et, par suite, souscrit un contrat commercial qui lui enlève le bénéfice de la juridiction ordinaire pour le rendre justiciable des tribunaux de commerce » (1).

Que faut-il penser de cette décision de la Cour suprême? Quant à moi, je la tiens pour absolument inadmissible, et je n'hésite pas à dire qu'elle est le résultat d'une pure confusion. Sans doute, on peut considérer que le contrat qui intervient entre un passager et le capitaine ou l'armateur n'est pas, à proprement parler, ce que la loi appelle l'*affrétement;* je reconnais encore qu'il n'y a pas acte de commerce de la part du passager, et que, par conséquent, si l'armateur avait une réclamation à faire contre lui, il devrait l'actionner devant le tribunal civil (2). Mais s'ensuit-il que, dans ce contrat intervenu entre l'armateur et le passager, l'armateur lui-même ne fasse pas acte de commerce? En aucune façon : de la part de l'armateur, il y a un acte de commerce, soit d'après l'art. 632, qui répute acte de commerce *toute entreprise de transport par terre ou par eau,* soit d'après l'art. 633, qui répute pareillement acte de

(1) Dev.-Car., 60, 1, 232.

(2) Voy., en ce sens, M. Molinier, *op. cit.,* n° 82; M. Orillard, *op. cit.,* n° 464, et M. Bédarride, *op. cit.,* n° 317.

commerce *toute expédition maritime*. Si l'armateur a fait acte de commerce, est-il possible que les réclamations formées contre lui à l'occasion de cet acte ne soient pas de la compétence des juges consulaires? En termes plus généraux, ne faut-il pas dire que, toutes les fois qu'une convention se présente comme étant un acte de commerce pour l'une des parties et un acte purement civil pour l'autre, celle-ci sera bien actionnée devant le tribunal civil, mais la première devra l'être devant le tribunal de commerce? Aujourd'hui il paraît être généralement admis en jurisprudence que la partie qui a fait un acte purement civil, et qui par conséquent ne pourrait être actionnée que devant le tribunal civil, est au contraire parfaitement libre d'actionner l'autre partie soit devant le tribunal civil, soit devant le tribunal de commerce (1). Mais il est impossible de trouver un motif sérieux à l'appui de cette jurisprudence, et les arrêts qui la consacrent se contentent d'affirmer que, si celui qui n'a point fait acte de commerce avait le droit de ne point subir la juridiction commerciale devant laquelle il aurait été assigné, il n'est point tenu davantage de subir cette juridiction lorsqu'il se constitue demandeur. La vérité est, comme le disait le tribunal civil d'Amiens (jugement du 29 mars 1841), que la loi détermine la juridiction d'une manière absolue, sans distinguer si l'acte n'est commercial que de la part de l'une des parties ; que, prétendre que l'autre partie peut assigner à son gré son adversaire soit devant le tribunal civil, soit devant le tribunal de commerce, c'est subordonner la juridiction à l'intérêt de l'un des plaideurs et créer entre ces plaideurs une inégalité exorbitante; qu'il est plus juste, plus conforme à l'ordre des juridictions, de déterminer la compétence par la nature de l'engagement pris par la partie contre laquelle l'action est dirigée (2).

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de cassation, du 6 novembre 1843 (Dev.-Car. 44, 1, 168), et l'arrêt de la Cour de Paris du 30 décembre 1853 (Dev.-Car., 54, 2, 120).

(2) Sans doute on décidait le contraire sous l'empire de l'Ordonnance de 1673, mais en vertu d'une disposition formelle (Tit. XII, art. 10), ainsi

— Voici comment Pothier définit le *contrat de prêt à la grosse aventure*, ou, plus simplement, le *contrat à la grosse* : « Un contrat par lequel l'un des contractants, qui est le *prêteur*, prête à l'autre, qui est l'*emprunteur*, une certaine « somme d'argent, à condition qu'en cas de perte des effets « pour lesquels cette somme a été prêtée, perte arrivée « par quelque fortune de mer ou accident de force majeure, « le prêteur n'en aura aucune répétition, si ce n'est jusqu'à « concurrence de ce qui en restera; et qu'au cas d'heureuse « arrivée, ou au cas qu'elle n'aurait été empêchée que par le « vice de la chose ou par la faute du maître ou des mariniers, « l'emprunteur sera tenu de rendre au prêteur la somme, avec « un certain profit convenu pour le prix du risque desdits effets « dont le prêteur s'est chargé » (1).

Prêter à la grosse, c'est évidemment spéculer. De son côté, l'emprunteur spécule : car il se procure des fonds pour armer un navire, pour acheter des marchandises et les transporter au loin, etc., et il espère qu'après avoir remboursé les fonds et payé le profit convenu, il lui restera encore un bénéfice. Puisque les deux parties font acte de commerce, il est facile de comprendre que le tribunal de commerce doit être compétent

conçue : « Les gens d'église, gentilshommes et bourgeois, laboureurs, vigne- « rons et autres, pourront faire assigner, pour ventes de blés, vins, bestiaux « et autres denrées procédant de leur crû, ou par-devant les juges ordi- « naires ou par-devant les juge et consuls, si les ventes ont été faites à « des marchands ou artisans faisant profession de revendre. » Le Code de commerce ne contient rien de semblable à cette disposition; et, comme le dit M. Orillard (*op. cit.*, n° 235), ce retranchement n'est pas le résultat d'une simple omission, il est évidemment la conséquence de l'abrogation qu'entendait prononcer le législateur, — abrogation commandée par le droit sacré de la défense, qui veut que le demandeur aille plaider devant les juges du défendeur, tant à raison du territoire qu'à raison de la matière... — M. Bédarride (*op. cit.*, n° 193) exprime la même idée sous une autre forme : « Est-ce qu'on écouterait un plaideur, disant : *Comme défendeur « je ne puis subir ce juge du domicile de mon adversaire ; je ne dois pas « davantage le subir comme demandeur ?* C'est pourtant ce que, dans une « autre hypothèse, consacre la Cour de cassation. »

(1) *Traité du contrat de prêt à la grosse aventure*, n° 1. Comp. les art. 311 et suiv. du Code de commerce.

pour connaître de toute contestation à laquelle pourra donner lieu le contrat dont il s'agit.

Le contrat d'assurance est, comme le dit Pothier, « un con-« trat par lequel l'un des contractants se charge des risques et « fortunes de mer que doit courir un vaisseau, ou les mar-« chandises qui y sont ou qui y doivent être chargées, et pro-« met en indemniser l'autre contractant, pour une certaine « somme que celui-ci lui donne ou s'oblige de lui donner pour « le prix du risque dont il le charge » (1). Dans le contrat d'assurance comme dans le prêt à la grosse, chacune des parties fait acte de commerce : cela est évident pour l'assureur; cela est également vrai pour l'assuré, parce que, suivant la remarque de Pothier, « le commerce de mer, qui sans ce contrat ne « se ferait que par un petit nombre de personnes qui auraient « assez de fortune pour oser courir les risques auxquels il ex-« pose, peut, par le secours de ce contrat, être fait par toutes « sortes de personnes, même par celles qui ont le moins de « fortune » (2). Ainsi, que l'assureur poursuive l'assuré en paiement de la prime, ou que l'assureur soit poursuivi en paiement de la somme assurée, dans les deux cas c'est le tribunal de commerce qui doit en connaître. La règle posée par notre art. 633 recevrait son application lors même qu'il s'agirait d'une compagnie d'assurance mutuelle : la Cour de cassation, par son arrêt du 21 juillet 1856, a jugé avec raison que la demande formée, au nom de la compagnie, contre un assuré, en paiement du montant de sa police d'assurance, était essentiellement commerciale, et qu'il y avait lieu d'appliquer l'article 420 du Code de procédure (3).

Nous dirons, en termes généraux, que toute décision à rendre au sujet des clauses que peut contenir la police d'assurance est dans les attributions du tribunal de commerce. La question s'est présentée au sujet d'une clause portant qu'en cas de diffi-

(1) *Traité du contrat d'assurance*, n° 4.
(2) Même *Traité*, n° 10.
(3) Dev.-Car., 57, 1, 106.

cultés il y aurait lieu de nommer des arbitres amiables (1). A la suite d'un sinistre, l'assuré avait fait délaissement du navire, puis avait cité l'assureur devant le tribunal de commerce de Marseille en condamnation au montant de l'assurance ou en nomination d'arbitres si le délaissement était contesté; l'assureur, qui contestait le délaissement, a soutenu que le tribunal de commerce était incompétent pour nommer des arbitres. Jugement par lequel le tribunal se déclare compétent; arrêt confirmatif de la Cour d'Aix; enfin, le 27 novembre 1860, arrêt de la Chambre des requêtes, qui rejette le pourvoi : « Attendu que « l'art. 633 du Code de commerce répute actes de commerce « toutes les assurances et autres contrats concernant le négoce « maritime; — Attendu que l'art. 631 du même Code attribue « à la juridiction consulaire la connaissance des contestations « relatives aux actes de commerce; que cette attribution de « juridiction implique la compétence des tribunaux de com- « merce pour nommer les arbitres appelés à statuer sur les « contestations nées d'un contrat d'assurance maritime; que « cette interprétation des art. 631 et 633 précités trouve sa « confirmation dans la législation antérieure à la rédaction du « Code de commerce; qu'en effet, sous l'empire de l'ancien « droit, la nomination des arbitres appartenait aux juges de « l'amirauté lorsque les parties n'avaient pu s'entendre pour « les nommer elles-mêmes (2); — Attendu que cette compé- « tence n'avait pas son principe dans la juridiction générale de « l'Amirauté, qui s'étendait, dans une certaine limite, aux ma- « tières civiles, commerciales, administratives et criminelles, « mais bien dans son pouvoir juridictionnel spécial pour tout « ce qui concernait les contrats maritimes; — Attendu que, « sous ce rapport, les tribunaux de commerce ont succédé à « l'Amirauté; qu'ils peuvent légalement, dès lors, comme le

(1) Cette clause est expressément prévue par l'art. 332 du Code de commerce.

(2) Voy. l'Ordonnance de 1681, Livre III, Titre VI, art. 70 et 72, et le commentaire de Valin sur ce dernier article.

« pouvaient les juges de l'Amirauté, nommer des arbitres lors-« qu'ils n'ont été désignés ni par la police d'assurance ni ulté-« rieurement par les parties » (1).

L'assurance que l'art. 633 répute acte de commerce, c'est seulement l'*assurance maritime*. Que décider en ce qui concerne l'*assurance terrestre?* Avant tout, il faut distinguer entre les assurances *mutuelles* et les assurances *à prime*. En cas d'assurance mutuelle, il n'y a sous aucun rapport acte de commerce : car il ne peut y avoir acte de commerce là où manque la perspective d'un gain, et c'est ce qui se rencontre ici (2). En ce qui concerne l'assurance à prime, il y a une idée de spéculation, il y a par conséquent acte de commerce, de la part de l'assureur : il est aujourd'hui généralement admis que les compagnies d'assurance contre l'incendie, contre la grêle, sur la vie humaine, etc., sont des sociétés commerciales. Mais, de la part de l'assuré, y a-t-il un acte de commerce ou bien au contraire un acte purement civil? Il faut sous-distinguer : en principe, le propriétaire qui se fait assurer contre l'incendie, contre la grêle, etc., ne spécule pas, ne fait pas acte de commerce; mais il en serait autrement si nous supposions un commerçant qui fait assurer ses marchandises, attendu qu'ici l'assurance ne serait qu'un accessoire du commerce de l'assuré (3).

— Notre art. 633, après avoir indiqué comme étant des actes de commerce l'affrétement, le contrat à la grosse, l'assurance maritime, ajoute : *et autres contrats concernant le commerce de mer*. On peut citer comme exemple la convention par laquelle une pacotille est confiée à un capitaine qui la vendra en voyage et aura droit à une part du bénéfice.

(1) Dev.-Car., 62, 1, 159.

(2) La Cour de cassation a jugé, le 13 mai 1857, qu'une société d'assurances mutuelles contre les pertes résultant des faillites était bien une société civile, mais que, constituée dans la forme anonyme, elle ne pouvait exister sans l'autorisation du Gouvernement, conformément à l'art. 37 du Code de commerce. Voy. notre t. 1er, p. 331 et suiv. — Comp. l'arrêt de cassation de la Chambre civile, du 8 février 1860 (Dev.-Car., 60, 1, 207).

(3) Voy., sur cette matière, M. Grillard, *op. cit.*, nos 470 et suiv.

V. *Tous accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages; tous engagements de gens de mer pour le service de bâtiments de commerce.* — Toute convention par laquelle des individus s'engagent envers un armateur ou un capitaine à servir sur mer, en qualité de matelots, pilotes, etc., constitue de part et d'autre un acte de commerce : toute contestation qui pourrait en résulter sera donc de la compétence des tribunaux consulaires. Lors, au contraire, qu'un entrepreneur, un armateur, un capitaine, fait marché avec des ouvriers pour la construction ou pour la réparation d'un navire, il y a bien acte de commerce de la part de l'entrepreneur, de l'armateur ou du capitaine, mais non de la part des ouvriers : en cas d'inexécution de leurs engagements, c'est devant le tribunal civil que les ouvriers devraient être poursuivis (1).

Spécialement en ce qui concerne les *pilotes lamaneurs*, il existe un décret, du 12 décembre 1806, qui porte (art. 50) : « Les contestations relatives aux droits de pilotage, indemnités « et salaires des pilotes, seront jugées par le tribunal de com« merce du port. » On s'est demandé si cette disposition est applicable lors même que la contestation porte sur le point de savoir si tel bâtiment n'est pas affranchi de tout droit de pilotage. Sur cette question, un arrêt de la Cour de Bastia, du 30 mars 1857, a consacré l'affirmative : « Attendu que les ter« mes de l'art. 50 placent dans les attributions de la juridic« tion consulaire non-seulement les contestations sur les in« demnités et salaires des pilotes, mais encore celles qui « peuvent s'élever sur le *droit* même *de pilotage;* que ces « expressions sont générales et ne comportent aucune excep« tion..... » (2).

Je ne terminerai pas ce qui concerne la compétence en ma-

(1) Il y a, au Livre II du Code de commerce, un Titre particulier, *De l'engagement et des loyers des matelots et gens de l'équipage* (art. 250-272).

(2) Dev.-Car., 57, 2, 435.

tière de commerce maritime sans dire un mot de la compétence en matière de prises.

Statuer sur la validité d'une prise, ce n'est point résoudre une question contentieuse ordinaire. A proprement parler, il ne peut pas y avoir de juge prononçant entre les belligérants sur la légitimité des moyens que l'un d'eux a employés pour ruiner le commerce de l'autre. Lorsqu'un gouvernement a soumis à certaines conditions la validité des prises faites en son nom, c'est à lui seul qu'il peut appartenir d'examiner si dans tel ou tel cas ces conditions ont bien été observées; et la décision qui interviendra sera plutôt *gracieuse* que *contentieuse*, puisque par la nature des choses aucune autorité humaine ne peut connaître de la plainte du capturé, disant que le capteur a commis à son égard une injustice. En conséquence, les plus anciennes Ordonnances françaises avaient attribué aux amirautés le jugement des prises; ce jugement fut ensuite attribué à l'amiral; enfin, lorsqu'éclata la Révolution, il appartenait à un *conseil des prises*, composé de conseillers d'Etat et de maîtres des requêtes et présidé par l'amiral (1); l'appel des jugements de ce conseil des prises avait été réservé primitivement au Conseil d'Etat du roi et plus tard au Conseil royal des finances. Une loi du 3 brumaire an IV chargeait les tribunaux de commerce de prononcer sur la validité des prises; cette loi fut abrogée dès le 26 ventôse an VIII. La matière a été successivement régie par les arrêtés du 6 germinal an VIII et du 2 prairial an XI, puis par l'Ordonnance du 25 août 1815. En dernier lieu, deux décrets impériaux, du 18 juillet 1854 et du 9 mai 1859, ont reconstitué temporairement le *conseil des prises*, avec recours devant le Conseil d'Etat (2).

(1) L'Ordonnance de 1681 dit bien (Livre I, Titre II, art. 3) que *les juges d'amirauté connaîtront des prises faites en mer;* mais cela signifie simplement qu'ils auront l'instruction, non le jugement, des prises. Voy. le commentaire de Valin sur le Livre III, Titre IX, art. 21.

(2) Aux termes d'un décret rendu en Conseil d'Etat, le 11 janvier 1855, les recours dirigés contre les décisions du conseil des prises ne peuvent

Nous avons encore à étudier deux cas de compétence *réelle*, deux cas où les tribunaux de commerce sont compétents en raison de la nature de l'acte qui donne lieu à la contestation ; il s'agit du cas de *société* et du cas de *faillite*.

I. *Société*. — Sous l'empire du Code de commerce, il fallait soigneusement distinguer les procès élevés entre une société et des tiers, et les procès élevés entre les associés et pour raison de la société. Dans le premier cas, du moment que l'acte donnant lieu au procès était un acte de commerce de la part du défendeur, c'était au tribunal de commerce à connaître de l'affaire; dans le deuxième cas, la contestation devait être jugée par des arbitres. Aujourd'hui, d'après l'art. 631, tel qu'il a été rectifié par la loi du 17 juillet 1856, « les tribunaux de com-« merce connaissent : 1° .....; 2° des contestations entre asso-« ciés, pour raison d'une société de commerce..... »

On s'est demandé si celui qui prend l'engagement de verser des fonds dans une société commerciale, soit à titre de commanditaire, soit comme souscripteur d'actions, fait par là même un acte de commerce. De nombreux arrêts se sont prononcés, et, je crois, avec raison, dans le sens de l'affirmative (1). La Cour de cassation a même jugé, par son arrêt du 15 juillet 1863, qu'il n'y a pas à tenir compte de la circonstance que les actions, souscrites par un employé de la société, étaient destinées à demeurer au registre à souche, à titre de cautionnement, pour la garantie de sa gestion : « S'il est vrai, dit la Cour, que les « actions étaient frappées d'indisponibilité entre les mains de « M., en ce sens qu'il était stipulé qu'elles resteraient atta-« chées, à titre de cautionnement, au registre à souche, pen-« dant toute la durée de sa gestion, on ne saurait en induire,

être portés que devant l'assemblée générale du Conseil d'Etat, et non devant le Conseil d'Etat délibérant au contentieux (Dev.-Car., 55, 2, 437).

Pour plus de détails sur le *jugement des prises*, voy. M. Massé, *op. cit.*, t. I, n^os^ 405 et suiv.

(1) Voy. notre t. I^er^, p. 246, note.

« ainsi que le prétend le pourvoi, que cette stipulation ait pû « avoir pour effet de changer le caractère ou de modifier les « effets légaux de la souscription ; que notamment elle eût « cessé par là même de constituer un acte commercial, échap- « pant ainsi, soit par rapport à la compétence, soit par rap- « port aux voies d'exécution, aux conséquences nécessaires de « cette juste qualification..... » (1).

Par application du même principe, il a été jugé que l'action en répétition de dividendes indûment touchés par des actionnaires, alors que la société se trouvait en perte, est de la compétence du tribunal de commerce. Comme le dit très-bien la Cour de Rouen, « une action intentée contre des actionnaires en « commandite, ayant pour objet la restitution des dividendes « par eux indûment perçus, se lie intimement à l'obligation « prise par eux de verser leur mise, puisque cette restitution « aurait pour résultat de rendre cette mise intégrale et la ga- « rantie promise entière : l'action est donc fondée sur l'enga- « gement primitif, dont le syndic ne fait que demander l'exé- « cution et le complément : elle s'y rattache nécessairement, « comme la conséquence au principe, comme l'effet à la « cause : par suite, la juridiction consulaire reste compétente « pour la juger » (2).

II. *Faillite.* — Ni l'Édit de 1563 ni l'Ordonnance de 1673 ne donnaient compétence aux juge et consuls en matière de faillite. L'Ordonnance contenait seulement la disposition suivante (Titre IX, art. 3) : « Les négociants, marchands et ban-

(1) Dev.-Car., 63, 1, 485. — Cet arrêt de 1863 ne contredit en aucune façon l'arrêt de la même Cour du 22 février 1859. Dans ce dernier arrêt il est dit que l'acceptation par le sieur D., non commerçant, des fonctions de directeur d'une société commerciale, non plus que le dépôt fait par lui, à titre de cautionnement, d'une somme de 25,000 francs, convertie en actions demeurées au registre à souche pour la garantie de sa gestion, ne constituent pas des actes de commerce (Dev.-Car., 59, 1, 321). Comme le remarque l'arrêtiste, il y a évidemment une nuance entre les deux espèces.

(2) Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté par la Cour de cassation, le 3 mars 1863 (Dev.-Car., 63, 1, 137).

« quiers, seront encore tenus de représenter tous leurs livres « et registres, cotés et paraphés en la forme prescrite..., pour « être remis au greffe des juge et consuls, s'il y en a; sinon de « l'hôtel commun des villes ou ès-mains des créanciers, à leur « choix. » Quant aux contestations auxquelles la faillite peut donner lieu, plusieurs Déclarations du roi (notamment celle du 10 juin 1715) en attribuèrent temporairement la connaissance aux tribunaux consulaires. A Paris, cette connaissance appartenait au prévôt ou à son lieutenant, sauf appel au Parlement. Lorsqu'éclata la Révolution, la plus grande confusion existait en France sur cette question de compétence (1).

La Commission chargée de préparer le projet du Code de commerce présenta un article ainsi conçu : « Les tribunaux de « commerce connaissent des faillites. » Cette disposition ayant été attaquée par plusieurs Cours d'appel, le législateur de 1807 finit par s'arrêter à un système moins absolu. Aux termes de l'art. 635 du Code, « les tribunaux de commerce connaîtront :

« 1° Du dépôt du bilan et des registres du commerçant « en faillite, de l'affirmation et de la vérification des créances;

« 2° Des oppositions au concordat, lorsque les moyens de « l'opposant seront fondés sur des actes ou opérations dont la « connaissance est attribuée par la loi aux juges des tribunaux « de commerce. Dans tous les autres cas, ces oppositions se- « ront jugées par les tribunaux civils. En conséquence, toute « opposition au concordat contiendra les moyens de l'opposant, « à peine de nullité;

« 3° De l'homologation du traité entre le failli et ses créanciers;

« 4° De la cession de biens faite par le failli, pour la partie « qui en est attribuée aux tribunaux de commerce par l'arti- « cle 901 du Code de procédure civile. »

En présence de cet article, on pouvait dire que la compétence du tribunal de commerce en matière de faillite était

(1) Voy. MM. Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes*, t. I, p. 96 et suiv.; Orillard, *op. cit.*, nos 493 et suiv.; Nouguier, *op. cit.*, t. II, p. 286 et suiv.

l'exception. Un système différent a été consacré par le législateur de 1838. Le nouvel art. 635 est ainsi conçu : « Les tribu-« naux de commerce connaîtront de tout ce qui concerne les « faillites, conformément à ce qui est prescrit au Livre III du « présent Code. » Evidemment le sens de cette disposition n'est pas que le tribunal de commerce est compétent pour connaître de toute action intentée par ou contre les syndics d'une faillite, par un créancier ou contre un débiteur du failli. Ainsi, nous savons qu'aux termes de l'art. 500 du Code de commerce, la créance présentée à la vérification étant contestée, il peut se faire que la contestation doive être soumise au tribunal civil (1); nous savons également qu'aux termes de l'art. 512, dans le cas où il est formé opposition au concordat, le jugement de l'opposition peut être subordonné à la solution de questions rentrant dans la compétence du tribunal civil, et qu'alors le tribunal de commerce doit surseoir à prononcer jusqu'après la décision de ces questions (2). Voilà des cas où certainement le tribunal de commerce est incompétent pour juger une question qui se présente dans le cours d'une faillite et qui intéresse le failli ou la masse de la faillite. Réciproquement, dans le Livre III il y a un certain nombre d'articles qui en termes formels déclarent que c'est au tribunal de commerce qu'il appartient de connaître de telle ou telle question (3). Une difficulté sur le point de savoir si le tribunal de commerce est ou n'est pas compétent pourra seulement se présenter au sujet de cas non prévus par une disposition spéciale du Livre III. M. Bravard pose une règle très-exacte lorsqu'il dit : « Le tri-« bunal de commerce sera compétent toutes les fois qu'il « s'agira d'une contestation qui s'élèvera, non-seulement dans « le cours des opérations de la faillite, mais encore à raison de « l'événement de la faillite, et qui devra se décider par l'appli-

(1) Voy. notre t. V, p. 358 et suiv.

(2) *Ibid.*, p. 416 et 417.

(3) Voy. la liste donnée par M. Nouguier, *op. cit.*, t. II, p. 296 et suiv. Comp. M. Orillard, *op. cit.*, n° 499.

« cation des principes particuliers à la situation que crée cet « événement » (1). Cette règle a été plusieurs fois consacrée par la jurisprudence. Je me bornerai à citer ici deux arrêts de la Cour de cassation :

1° Une vente d'immeubles ayant été consentie par un commerçant depuis l'époque fixée comme étant celle de la cessation de ses paiements, la nullité, demandée par les syndics, conformément à l'art. 447, doit-elle être poursuivie par-devant le tribunal de commerce ou par-devant le tribunal civil? La Cour de Rouen, par un arrêt du 18 janvier 1851, avait attribué compétence au tribunal civil. Cet arrêt a été cassé, le 19 avril 1853 : « Attendu que la demande des syndics a été for- « mée en vertu de l'art. 447 du Code de commerce, compris au « Livre III du même Code; qu'elle a eu pour but de faire rentrer « dans la masse active de la faillite divers biens qu'ils préten- « daient avoir été aliénés par le failli postérieurement à la ces- « sation de ses paiements, et acquis par D. avec connaissance « de cette cessation; — Attendu que, ne s'agissant au procès ni « d'une matière pour laquelle l'action n'aurait pu être portée « que devant le tribunal de la situation de l'objet litigieux, ni « de biens ou droits immobiliers placés en dehors de l'actif de « la faillite et de son administration, la nature immobilière des « biens dont le rapport à la masse était demandé et de la vente « dont l'annulation était poursuivie ne modifiait pas les règles « spéciales de la compétence en matière de faillite; — Attendu « que vainement, pour décliner cette compétence, D. s'appuie « sur ce que, les faits allégués dans la demande restant encore « à prouver, leur vérification régulière ne devra résulter que « du jugement à intervenir sur le fond du procès; que c'est « d'après la demande que se règle la compétence... » (2).

(1) Ci-dessus, p. 233. — La même règle doit être suivie pour l'interprétation de l'art. 582, d'après lequel le délai d'appel, *pour tout jugement rendu en matière de faillite*, est de quinze jours. Comp. notre t. V, p. 661 et 662. Voy. aussi M. Bédarride, *op. cit.*, n° 350.

(2) Dev.-Car., 53, 1, 433.

2° Le dessaisissement qui résulte du jugement déclaratif de faillite ne rend pas le failli incapable de contracter avec des tiers; seulement les syndics peuvent, suivant les cas, demander que, dans l'intérêt de la masse, les actes dont il s'agit soient considérés comme non avenus (1). Quel est alors le tribunal compétent pour prononcer sur cette demande? La question s'est présentée dans les circonstances suivantes : Un sieur B., déclaré en faillite par le tribunal de commerce de Lyon, vient peu de temps après à Paris et y prend à bail un local destiné à l'établissement d'un café, puis il consent la résiliation de son bail et vend son établissement au sieur L. Le syndic de la faillite ayant demandé la nullité de ces actes devant le tribunal de commerce de Lyon, tant pour cause d'incapacité que pour cause de dol ou de fraude, les défendeurs ont opposé l'incompétence du tribunal. Jugement du tribunal qui rejette l'exception, et, sur l'appel, arrêt confirmatif : « Les conclusions du syndic, dit la Cour, « tendent à faire décider que B., étant en état de faillite, n'a « pas pu traiter valablement, ni de la vente de son fonds de café « avec L., ni accessoirement de la résiliation de son bail avec « R. Cette double prétention constitue un litige qui, en regard « de R., comme en regard de L., prend sa source dans le fait « même de la faillite et qui, dès lors, aux termes des art. « 635 du Code de commerce et 59 du Code de procédure, ap- « partenait incontestablement à la juridiction du tribunal de « commerce de Lyon. » Et les sieurs R. et L. s'étant pourvus en cassation, leur pourvoi est rejeté : « Attendu que l'action du « syndic, telle qu'elle était formulée, tendait à l'annulation, « dans l'intérêt des créanciers de la faillite, des actes interve- « nus entre le failli et les demandeurs, et que cette action déri- « vait ainsi de l'état de faillite... » (3).

On pourrait croire que les questions relatives aux marques

(1) Comp. notre t. V, p. 70 et suiv.

(2) Arrêt du 12 janvier 1864 (Dev.-Car., 64, 1, 17). Du reste, au fond, la Cour suprême décide qu'il n'y avait pas lieu de prononcer l'annulation demandée par le syndic.

de fabrique et aux marques de commerce rentrent dans la compétence *réelle* des tribunaux de commerce. Tel était effectivement le système du projet présenté en 1856 au Corps législatif. Mais, conformément à un amendement de la Commission, ce système n'a point passé dans la loi. L'art. 16 de la loi du 23 juin 1857 est ainsi conçu : « Les actions civiles « relatives aux marques sont portées devant les tribunaux civils « et jugées comme matières sommaires. En cas d'action intentée par voie correctionnelle, si le prévenu soulève pour sa « défense des questions relatives à la propriété de la marque, le « tribunal de police correctionnelle statue sur l'exception » (1).

Du reste, il faut soigneusement distinguer du cas où il y aurait eu usurpation ou contrefaçon de marques celui où il y aurait eu simplement des actes de concurrence déloyale. C'est ce qu'a parfaitement reconnu la Cour d'Orléans dans son arrêt du 20 janvier 1864. La Cour commence par constater que dans

(1) Voici ce que nous lisons dans le rapport de la Commission : « La « propriété des marques définie et protégée, les délits contre elle prévus « et punis, à quel tribunal faut-il confier cette défense et cette répression ? « La législation qu'il s'agit de réformer offre sur ce point une diversité « vraiment remarquable. Tantôt ce sont les prud'hommes et les juges de « paix, tantôt les tribunaux de commerce et aussi les tribunaux ordinaires. « .... Si l'action civile est seule engagée, quel tribunal en connaîtra? Il « était difficile de la soumettre aux conseils de prud'hommes, dont le « nombre est encore trop restreint et dont l'institution a surtout pour « objet de terminer les différends entre patrons et ouvriers. Il fallait « opter entre les tribunaux de commerce, ainsi que l'indiquait le projet, « et les tribunaux ordinaires, comme l'ont proposé plusieurs membres de « la Commission.

« C'est à cette dernière idée que votre Commission s'est arrêtée. La mar- « que de fabrique ou de commerce est une propriété : c'est donc aux tri- « bunaux chargés d'apprécier les questions de propriété qu'il faut attri- « buer ces litiges. Les difficultés relatives aux brevets d'invention sont « soumises aux tribunaux civils par la loi du 5 juillet 1844, dont l'expé- « rience a justifié les dispositions sur ce point.... La détermination de la « juridiction commerciale n'eût pas été sans inconvénients : l'art. 20 de « la loi en étend l'application aux produits de l'agriculture ; on eût donc « soumis à la juridiction exceptionnelle des tribunaux de commerce, et « peut-être à ses sanctions rigoureuses, des personnes qui jamais n'ont fait « ni ne veulent faire le commerce.... »

l'espèce la demande n'avait pas pour cause des faits d'usurpation ou de contrefaçon de marques de fabrique, mais qu'elle était uniquement fondée sur des actes successifs de concurrence déloyale, en ce que depuis longtemps les défendeurs, fabricants de poterie à Beaugency, faisaient figurer dans la marque de leurs produits, en caractères plus apparents que les autres signes de cette marque, le nom d'*Orléans*, impliquant sur la provenance réelle de ces produits une confusion évidemment dommageable aux demandeurs, fabricants de poterie à Orléans. La Cour en conclut que la règle posée par l'art. 16 de la loi du 23 juin 1857, concernant spécialement les marques de fabrique et de commerce, quant à la juridiction compétente pour connaître des actions civiles qui pourraient être intentées en vertu de cette loi, n'était pas applicable à la cause ; qu'aux termes de l'art. 631 du Code de commerce, cette demande, ainsi formulée, était de la compétence de la juridiction commerciale (1).

II. — *Compétence personnelle.*

Nous savons déjà que l'acte qui émane d'un commerçant est par là même présumé commercial. Le tribunal de commerce se trouvant ainsi compétent (au moins provisoirement), par suite de la qualité de la personne, on dit en pareil cas qu'il y a une *compétence personnelle* (2). A cet égard, nous avons dans le Code plusieurs dispositions qui malheureusement sont loin d'être rédigées d'une manière irréprochable. L'art. 631 porte d'abord que les tribunaux de commerce connaîtront de toutes contestations relatives aux *engagements et transactions entre*

(1) Dev.-Car., 64, 2, 115. Voy. aussi l'arrêt de la Cour d'Aix, du 3 juin 1863 (Dev.-Car., 64, 2, 167). Il y a dans ces arrêts une application du principe que le tribunal de commerce a compétence, non-seulement en matière d'obligations conventionnelles, mais même en matière de quasi-contrats, de délits ou de quasi-délits, lorsque le fait en question se produit dans l'exercice et à l'occasion du commerce de la partie. Voy. ci-dessus, p. 384 et 385.

(2) Voy. ci-dessus, p. 234 et suiv., 314, 315 et 321.

négociants, marchands et banquiers; l'art. 632 dit de même, dans son n° 6, que la loi répute actes de commerce *toutes obligations entre négociants, marchands et banquiers.* D'un autre côté, aux termes de l'art. 638, 2e alinéa, « les billets *souscrits* « *par un commerçant* seront censés faits pour son commerce... « lorsqu'une autre cause n'y sera point énoncée. » En présence de ces dispositions, on se demande si, pour que la présomption légale de commercialité existe, il faut nécessairement que toutes les parties entre lesquelles l'acte est intervenu fussent commerçantes, ou si, au contraire, il suffit que la qualité de commerçant existât chez la partie qui est poursuivie comme s'étant obligée. C'est évidemment à cette dernière opinion que nous devons nous arrêter. Lorsqu'un banquier ouvre un crédit à une personne, il fait évidemment acte de commerce aussi bien quand cette personne n'est pas commerçante que quand elle est commerçante; de même, qu'un négociant en vins vende dix pièces de vin, nous devons voir dans cette vente un acte de commerce aussi bien quand l'acheteur se propose de les consommer dans sa maison que quand c'est un marchand qui se propose de les revendre en détail. La doctrine contraire mènerait à un résultat véritablement absurde : elle mènerait à dire que le marchand en détail, qui ne vend en général ses marchandises qu'à des non-commerçants, qu'à des consommateurs, doit bien être présumé faire acte de commerce quand il achète d'un marchand en gros, mais non quand il revend à ses pratiques. Je dis que ce serait absurde, car le commerce de l'homme dont nous parlons consiste précisément à revendre en détail ce qu'il a d'abord acheté en gros, et il faut bien présumer qu'il fait acte de commerce en effectuant ces ventes au détail. Ne serait-il pas bizarre et contraire à toute l'économie de l'art. 638 que le marchand de vins qui achète les récoltes d'un propriétaire ne fût pas présumé faire ainsi un acte de commerce? Sous ce rapport, l'art. 638 doit servir à rectifier la rédaction des art. 631 n° 1 et 632 n° 6 (1).

(1) Cette doctrine est aujourd'hui généralement admise. Voy. MM. Bra-

Du reste, le 2e alinéa de l'art. 638 a lui-même besoin d'être corrigé, à un autre point de vue. Il parle seulement des *billets* souscrits par un commerçant. Les art. 631 et 632 emploient des expressions plus larges, *engagements*, *transactions*, *obligations;* et il faut en conclure que dans l'art. 638 on a parlé *de eo quod plerumque fit*, mais que du reste peu importe la forme dans laquelle se trouve constatée l'opération émanée d'un commerçant. Le tribunal de commerce serait également présumé compétent si l'on avait passé un acte notarié, ou, à l'inverse, s'il n'existait qu'une simple promesse verbale. — La Cour de cassation a fait une application remarquable de la doctrine que je défends ici. Par acte notarié, un sieur D., maître de poste et entrepreneur de diligences, s'était reconnu débiteur des sieurs G. père et fils, et leur avait constitué hypothèque; les intérêts devaient être payés de six en six mois, sur billets souscrits par D. En 1833, trois semestres d'intérêts étaient échus et non payés, des poursuites furent commencées contre D. : celui-ci assigne alors ses créanciers devant le tribunal civil, prétendant que le taux de 5 1/2 et de 6 p. 100 qu'il avait constamment payé en intérêts était un taux illicite en matière civile, et que l'art. 638 du Code de commerce ne pouvait pas s'appliquer aux obligations notariées constitutives d'hypothèques. Le tribunal civil rejette ces moyens. Sur l'appel, arrêt confirmatif de la Cour de Bordeaux, portant que dans l'art. 638 le mot *billet* n'est point limitatif; que la loi doit s'appliquer également aux autres promesses et obligations qui, sous une autre forme, peuvent constituer des engagements de commerce; que notamment les obligations et emprunts contractés par un négociant, par un acte authentique et par hypothèque, offrent à la vérité une garantie de plus au créancier, mais qu'ils n'empêchent pas que l'engagement ne puisse être déclaré commercial. Enfin, D. s'é-

vard, *Manuel de droit commercial*, p. 855; Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 335 et suiv.; Molinier, *op. cit.*, nos 87 et 92; Orillard, *op. cit.*, no 217 et 218 Bédarride, *op. cit.*, no 391. En sens contraire, voy. M. Dalloz, *op.* et vo *cit.*, no 376.

tant pourvu en cassation, son pourvoi a été rejeté par un arrêt du 6 juillet 1836 : « Attendu que ces termes de l'art. 638, *les « billets souscrits par un commerçant sont censés faits pour son « commerce*, sont déclaratifs et non limitatifs, et que la règle « posée par cet article s'applique à toutes les obligations sous- « crites par un commerçant, quelle que soit la forme de ces « obligations, lorsque, comme dans l'espèce, il n'est pas prouvé « qu'elles aient une cause non commerciale... » (1).

La présomption légale de commercialité qu'établit le deuxième alinéa de notre art. 638 n'existe qu'autant que l'écrit qui constate l'engagement du commerçant n'assigne pas à cet engagement une cause purement civile. C'est ce qu'indiquent expressément les derniers mots de notre disposition. Ainsi un acte authentique ou sous seing privé constate l'engagement pris par un commerçant de payer une somme qui représente le prix d'achat d'un immeuble, le montant d'une soulte due par suite d'un partage de succession, etc. : en cas pareil, il ne peut évidemment exister aucune présomption de commercialité, et, s'il y a lieu de poursuivre le commerçant ainsi obligé, ce n'est pas le tribunal de commerce qui sera compétent.

Où la présomption légale existe, c'est lorsque l'acte ne fait pas connaître si la cause est civile ou si elle est commerciale. Cela se présente sans difficulté dans le cas d'un billet *à personne dénommée :* car il peut n'y avoir aucune mention de cause dans ce billet (2). Cela peut se présenter même dans le cas d'un billet *à ordre*, bien qu'aux termes de l'art. 188 ce billet doive énoncer la *valeur fournie en espèces*, *en marchandises*,

(1) Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n° 379. Voy. aussi l'arrêt de la Cour de Paris du 27 novembre 1841 (Dev.-Car., 42, 2, 50). — Pourtant M. Dalloz, v° *Compétence commerciale*, n° 138, cite un arrêt de la Cour de cassation, du 23 novembre 1846, duquel il résulterait que la présomption écrite dans notre art. 638 ne peut pas s'appliquer au cas de la simple promesse verbale faite par un commerçant.

(2) Voy. l'art. 1132 du Code Napoléon.

en compte ou de toute autre manière, c'est-à-dire la cause de l'obligation. En effet, il est très-possible qu'on soit en règle avec cet art. 188, et que pourtant à la lecture du billet nous n'apercevions pas si la cause est civile ou si elle est commerciale : c'est ce qui arriverait notamment si le billet était causé *valeur reçue comptant :* les écus empruntés par le souscripteur l'ont-ils été pour son commerce ou pour toute autre cause? le billet ne le fait pas connaître.

Du reste, la présomption légale de commercialité est une présomption *juris tantùm :* elle admet la preuve contraire, et cette preuve, en général, peut se faire par tous les moyens possibles. Ainsi, lorsque le commerçant assigné devant le tribunal de commerce prouve qu'en réalité l'acte pour lequel il est poursuivi a une cause civile, que par exemple il s'agit de denrées ou marchandises achetées non pour être revendues, mais pour l'usage particulier de l'acheteur, le tribunal de commerce devra se déclarer incompétent. On est généralement d'accord pour entendre ainsi le deuxième alinéa de l'art. 638. — Même lorsqu'il s'agit d'un billet à ordre souscrit par un commerçant, la présomption de commercialité ne devient point une présomption *juris et de jure :* le souscripteur, traduit devant le tribunal de commerce, sera encore recevable à décliner la compétence de ce tribunal en prouvant que la cause de son obligation est purement civile. Cette décision, au premier abord, peut sembler contraire aux art. 636 et 637; mais ces articles ne doivent pas être interprétés isolément de l'art. 638, et il me paraît impossible d'admettre que le mot *billets* dans ce dernier article ne comprenne pas les *billets à ordre* (1). Comme le dit M. Orillard (2), le commerçant obligé par un billet à ordre n'ayant pas pour objet une spéculation commerciale, doit jouir des mêmes droits et des mêmes pré-

(1) D'ailleurs, l'art. 187, à propos du billet à ordre, mentionne expressément la disposition de l'art. 638. Comp. notre t. III, p. 537 et 538.

(2) *Op. cit.*, n° 418.

rogatives qu'un signataire non commerçant (1). La distinction suivante, que je trouve dans un jugement du tribunal de commerce de la Seine, me paraît tout à fait arbitraire : « Si, suivant l'art. 638 du Code de commerce, les billets souscrits par « un négociant sont censés faits pour son commerce lorsqu'une « autre cause n'y est pas énoncée, cette disposition a été insérée dans l'intérêt des tiers, qui auraient pu être déterminés « à prendre un effet sur la foi d'un titre commercial : un commerçant n'est donc pas recevable à faire preuve que la cause « du billet par lui souscrit n'était pas commerciale, lorsqu'il se « trouve vis à vis d'un tiers-porteur saisi par endossement régulier. Mais il n'en est pas de même lorsqu'il a pour adversaire le bénéficiaire du titre, celui qui a contracté directement avec lui : dans cette dernière circonstance, et par interprétation de l'art. 638, la présomption est en faveur du « bénéficiaire, elle le dispense de toute preuve ; mais elle ne « s'oppose pas à la preuve contraire, car il n'a pas ignoré la « nature et l'origine de l'engagement » (2). La Cour de Metz, par un arrêt du 22 mars 1839, décide avec raison que, « lorsque la preuve d'une cause non commerciale existe et est « rapportée, il faut admettre que cette preuve produit son « effet, non-seulement contre celui au profit duquel le billet a « été créé, mais encore contre le tiers-porteur, par la raison « que l'exception opposée n'est nullement personnelle au premier créancier, mais qu'elle tient à la nature, à l'essence du « titre lui-même... » (3).

— On s'est demandé si la présomption légale qu'établit le deuxième alinéa de l'art. 638 s'applique même au billet souscrit par une personne qui de droit commun est incapable (mineur ou femme mariée), mais qui a été régulièrement autorisée à faire le commerce. J'ai essayé de montrer que ce billet

(1) Comp. ce que j'ai dit, à propos de l'art. 189, t. III, p. 557 et 558.

(2) Jugement du 7 janvier 1844 (Dalloz, v° *Compétence commerciale*, n° 139).

(3) Dev.-Car., 41, 2, 272.

doit être présumé souscrit pour le commerce du souscripteur, et, par conséquent, présumé valable (1). Je me bornerai à reproduire ici les observations d'un éminent jurisconsulte italien, M. Rocco, qui nous a fait l'honneur de rendre compte du premier volume de ce traité :

« M. Bravard se demande ce qu'il faut décider en cas de « discussion sur le caractère civil ou commercial d'un acte « fait par le mineur dûment autorisé. Le problème offre un « grand intérêt pratique : car l'acte sera nul si on lui recon- « naît le caractère civil, valable si on le considère comme « commercial. Pas de doute à cet égard.

« ... Nous ne pouvons accepter la solution proposée par « M. Bravard, et nous admettons au contraire la critique « qu'elle provoque de la part de M. Demangeat. M. Bravard « commence par repousser l'argument si grave tiré de l'article « du Code de commerce français, qui déclare, comme le Code « Napolitain, que les billets souscrits par un commerçant sont « réputés faits pour son commerce lorsqu'aucune autre cause « n'y est énoncée. Il pense avoir renversé cet argument en fai- « sant remarquer que la disposition de la loi n'est relative qu'à « la question de compétence. Quand il s'agit d'un majeur, cette « question, en cas de doute sur la nature de l'acte, se résout « dans le sens de la juridiction commerciale, qui est sa juri- « diction naturelle. Mais, dit-il, on ne saurait décider de même « pour le mineur rendu habile au commerce : pour lui, la « règle c'est la non-commercialité, et la commercialité est « l'exception : par conséquent, dans le doute, il faut préférer « la règle à l'exception, c'est-à-dire la nullité à la validité de « l'acte. M. Bravard arrive ainsi à cette conclusion que le « créancier, au profit duquel aurait été souscrite l'obligation « du mineur, devrait s'en prendre à son incurie de n'avoir pas « fait consigner dans l'acte la cause de l'engagement.

« M. Demangeat remarque avec grande raison que cet avis

(1) Voy. notre t. I, p. 80 et 81, p. 97.

« s'écarte de l'opinion généralement professée par les meilleurs « jurisconsultes. Si, ajoute-t-il, pour exclure l'action en nullité « il suffisait de l'énonciation dans l'acte de sa nature commer- « ciale, rien de plus facile pour celui qui traite avec le mineur « commerçant, quoiqu'en principe, et d'après le sens com- « mun, la simple déclaration de majorité, faite par le mineur, « n'empêche pas la restitution. Si, au contraire, l'acte souscrit « par le mineur doit être réputé fait par un incapable tant « que le créancier n'en prouve pas la commercialité, la diffi- « culté de cette preuve pour le créancier opposerait un obs- « tacle insurmontable à l'exercice du commerce par le mineur. « Avec une inflexible logique, M. Demangeat renferme son « raisonnement dans le dilemme suivant : *Le système de M. Bra- « vard conduit à la nécessité puérile de l'insertion dans l'acte « d'une simple clause de style ou à l'impossibilité absolue pour le « mineur commerçant d'exercer le commerce.* A cette argumen- « tation, d'une évidence manifeste, nous n'avons rien à ajou- « ter. Attestons, toutefois, que, pour la jurisprudence napoli- « taine et même pour la jurisprudence de toutes les autres « provinces de la Péninsule italienne où la codification a été « modelée sur le type du Code de commerce français, ce n'est « même plus une question. On admet le système le plus favo- « rable au libre exercice du commerce par le mineur légale- « ment autorisé » (1).

Aux termes du premier alinéa de l'art. 634, les tribunaux de commerce connaissent « des actions contre les facteurs, « commis des marchands ou leurs serviteurs, pour le fait seu- « lement du trafic du marchand auquel ils sont attachés. »

Quel est précisément le cas qu'ont eu en vue les rédacteurs de cette disposition? S'agit-il d'actions intentées par des tiers contre les préposés d'un marchand, à raison d'actes faits par ces préposés pour le compte du marchand auquel ils sont at-

(1) *Revue pratique de droit français*, t. XIV, p. 502 et 503.

tachés? Il faudrait le dire, si le préposé était considéré comme étant une sorte de commissionnaire (1). Mais, tandis qu'en principe le commissionnaire agit en son propre nom, le préposé, au contraire, agit au nom du préposant et le représente, de sorte que le tiers qui a une réclamation à former au sujet de l'acte qu'il a fait avec un préposé s'en prendra, non pas à ce préposé, mais bien au préposant. Il est donc difficile d'admettre que le premier alinéa de l'art. 634 s'applique, dans la pensée du législateur, aux actions intentées par un tiers contre les facteurs ou commis d'un marchand : car des actions de ce genre ne peuvent se concevoir que dans des cas exceptionnels, et d'ailleurs, dérivant d'un acte de commerce fait par le préposé, il était bien superflu de les soumettre par une disposition expresse à la juridiction consulaire. L'action que régit cette disposition, c'est bien plutôt celle que le marchand peut avoir à intenter contre ses facteurs, commis ou serviteurs, pour leur demander compte de leur gestion. Il est vrai que ces préposés ne sont point commerçants; je crois même qu'ils ne font point acte de commerce en louant leurs services à un commerçant pour l'aider dans l'exercice de son commerce. Mais le législateur a néanmoins jugé utile de les soumettre à la juridiction consulaire, parce qu'il est de l'intérêt général du commerce que les contestations dont il s'agit soient promptement terminées, et surtout parce que les juges consulaires sont évidemment mieux à même que les juges ordinaires d'apprécier si le préposé a rempli avec intelligence et avec fidélité les fonctions qui lui ont été confiées (2).

(1) MM. Delamarre et Lepoitvin le considèrent effectivement ainsi. Suivant eux, « il existe des rapports réels entre le préposé et le commission-« naire. Egalement étrangers à l'entremise, qui n'appartient qu'au cour-« tier, tous deux négocient directement avec l'autre contractant, tous « deux sont habiles à s'engager, tous deux gèrent et sont comptables. Mais « voici où la parité cesse. La commission a pour objet tel ou tel agisse-« ment, et s'évanouit, une fois cet agissement accompli; la préposition ne « se limite qu'à un genre d'actes successifs, et renouvelle ses agissements « tant qu'elle subsiste » (*Traité de droit commercial*, t. II, p. 41 et 42).

(2) Voy., en ce sens, M. Bédarride, *op. cit.*, nos 318 et suiv.

La jurisprudence admet bien, en général, que l'action exercée par le marchand contre son préposé est de la compétence du tribunal de commerce ; mais, dans la plupart des arrêts, on voit percer l'idée que cette action n'est pas la principale ou du moins la seule à laquelle aient songé les rédacteurs de notre art. 634, n° 1. Voici, en effet, ce que je lis dans l'arrêt de la Cour de cassation du 3 janvier 1828 : « S'il résulte de l'art. 634, « § 1, du Code de commerce que les facteurs ne sont justicia- « bles des tribunaux de commerce que pour le fait seulement « du trafic du marchand auquel ils sont attachés, ce mot « *seulement* n'est pas tellement restrictif qu'il rende les facteurs « non justiciables des mêmes tribunaux à l'égard des mar- « chands avec lesquels ils ont contracté en acceptant d'eux le « titre et la qualité de leurs facteurs, lorsqu'ils sont poursui- « vis, comme dans la cause actuelle, pour raison de la gestion « et administration qu'ils ont faite en cette même qualité de « facteurs... La saine entente de cet art. 634, et du mot *seule-* « *ment*, qui s'y trouve inséré, est que, pour que les tribunaux « de commerce soient compétents à l'effet de juger les de- « mandes et actions dirigées contre les facteurs, il faut que « ces demandes et actions se rapportent à cette qualité de fac- « teurs... » (1).

Je lis, de même, dans un arrêt de la Cour de Paris, du 11 juillet 1844, « que l'Ordonnance de 1673 soumettait le juge- « ment de ces sortes de contestations aux juge et consuls (2); « que les dispositions du Code de commerce n'ont pas innové « en ce point à la juridiction; qu'en effet, l'art. 634, en sou- « mettant à la juridiction commerciale les actions dirigées « contre les commis pour le fait du trafic du marchand auquel « ils sont attachés, ne distingue pas entre les actions dirigées « par les tiers contre les commis et les actions dirigées contre

(1) Dalloz, *op. cit.*, v° *Compétence commerciale*, n° 147.

(2) Ceci me paraît au moins très-douteux. Je citerai, dans un instant, le texte de l'Ordonnance.

« ces derniers par les commerçants qui les ont préposés à leur « négoce... » (1).

Le tribunal de commerce, compétent pour connaître de l'action en reddition de compte formée par un marchand contre ses facteurs et commis, est-il encore compétent quand il s'agit du compte demandé au liquidateur d'une maison de commerce? Je crois que les termes de notre art. 634 n° 1 embrassent même cette hypothèse. La Cour de cassation, par un arrêt du 20 novembre 1834, a bien proclamé la compétence du tribunal de commerce; mais elle ne s'est pas fondée, pour cela, sur notre art. 634 : « La liquidation d'une maison de « commerce, dit la Cour, se compose et se complique néces- « sairement d'opérations, de questions et d'affaires commer- « ciales, qui sont essentiellement de la compétence des tribu- « naux de commerce; d'où résulte le droit de tous les inté- « ressés d'agir contre les liquidateurs, pour raison de leur « gestion, devant les tribunaux de commerce » (2).

— La loi nous dit bien que le préposé doit être poursuivi devant le tribunal de commerce; elle ne nous dit pas devant quel tribunal lui-même devra poursuivre le préposant, s'il a quelque réclamation à former contre lui. Sur ce point, l'Ordonnance de 1673 (Titre XII, art. 5) contenait la disposition suivante : « Les juge et consuls connaîtront des gages, salaires « et pensions des commissionnaires, facteurs ou serviteurs des « marchands, pour le fait du trafic seulement. » Est-il croyable que les rédacteurs du Code de 1808 aient voulu enlever aux tribunaux de commerce la connaissance des actions dont il s'agit? Non. S'ils n'en ont pas parlé expressément, c'est parce que cela était inutile. En effet, le commerçant qui prend à son service un facteur ou un commis fait un acte qui se rattache à l'exercice de son commerce : il fait donc un acte qui pour lui est commercial, et, par conséquent, il se soumet à la juridic-

(1) Dev.-Car., 45, 2, 163.

(2) Dalloz, *op. cit.*, v° *Compétence commerciale*, n° 150. Dans l'espèce, le liquidateur était un avocat.

tion commerciale, en tant que par suite de cet acte une réclamation serait dirigée contre lui.

Cependant la question a été vivement discutée, soit dans la doctrine, soit dans la jurisprudence. Parmi les auteurs, à l'appui de notre opinion, nous pouvons invoquer notamment M. Pardessus, M. Bravard (1), M. Dalloz (2), M. Bédarride (3). Quant aux arrêts, parmi ceux qui ont déclaré incompétent le tribunal de commerce, je citerai seulement, comme étant le plus récent à ma connaissance, un arrêt de la Cour de Rouen, du 6 novembre 1845. Cet arrêt n'a, du reste, aucune valeur doctrinale : il se borne à affirmer que les conventions intervenues entre le commerçant et son commis, quant au salaire de celui-ci, ont un caractère purement civil (4). En sens inverse, la Cour de Bordeaux, par un arrêt du 10 janvier 1843, décide qu'un facteur assigne valablement son patron devant le tribunal de commerce, « attendu qu'aux termes de l'art. 634 les « tribunaux de commerce connaissent des actions contre les « facteurs, et que, par une réciprocité qu'avouent le droit et « l'équité, les facteurs doivent pouvoir traduire, à leur tour, « devant les mêmes tribunaux ceux avec lesquels ils ont traité « en la qualité dont il s'agit » (5).

La question a été soumise à la Cour de cassation en 1851. La Cour de Grenoble avait infirmé pour incompétence un jugement du tribunal de commerce, par les motifs suivants : « Aucune disposition législative n'attribue, d'une manière spé- « ciale, aux tribunaux de commerce, la connaissance des ac- « tions des commis contre leurs patrons, en paiement de leurs

(1) Ci-dessus, p. 236.

(2) *Op. cit.*, v° *Compétence commerciale*, n° 152.

(3) *Op. cit.*, n°s 324 et suiv.

(4) Dev.-Car., 47, 2, 96.

(5) Dev.-Car., 43, 2, 191. — Il paraît que dans l'espèce on invoquait, pour établir l'incompétence du tribunal de commerce, l'art. 5 n° 3 de la loi du 25 mai 1838 *sur les justices de paix*. Il est évident que cette disposition n'est point applicable aux contestations entre un commerçant et ses facteurs ou commis.

« salaires; mais cette connaissance peut leur être dévolue d'a-
« près les principes généraux, si les accords intervenus entre
« le maître et le commis sont commerciaux. Or, il est résulté
« des explications fournies à l'audience que l'accord intervenu
« entre D. et L. n'avait aucun caractère commercial; qu'en
« effet, ce dernier n'était chargé que d'une surveillance dans
« l'usine de D., laquelle surveillance n'exigeait aucune con-
« naissance spéciale et constituait plutôt un louage de service
« qu'un louage d'industrie, qui seul eût entraîné une partici-
« pation réelle du commis au commerce du maître. » La distinction indiquée par la Cour de Grenoble était purement arbitraire. Aussi son arrêt a-t-il été cassé par la Cour suprême, le 10 février 1851. « En fait, dit la Cour de cassation, il est constant que le demandeur était attaché exclusivement à la maison commerciale du défendeur et *pour le fait du trafic*... En droit, les commerçants sont justiciables des tribunaux consulaires pour tous les faits de leur trafic; et l'arrêt attaqué, en décidant que des conventions intervenues en vue et dans l'intérêt du trafic n'étaient pas de la compétence des tribunaux de commerce, a formellement violé l'art. 631 et faussement appliqué l'art. 634 » (1).

Malheureusement la Cour de cassation ne s'est pas tenue à la doctrine si justement appliquée dans cet arrêt de 1851. Dans un arrêt de la Chambre des requêtes, du 22 février 1859, il est dit que : « Si l'art. 634 déclare que les tribunaux de com-
« merce connaîtront des actions contre les facteurs et commis
« des marchands, pour le fait du trafic du marchand auquel
« ils sont attachés, il ne s'ensuit pas nécessairement que les
« actions des facteurs et commis contre les marchands ne puis-
« sent être portées devant les tribunaux civils; que des termes
« de l'art. 631 il résulte que, pour que la juridiction de ces
« tribunaux soit forcée, il faut ou que le demandeur et le dé-
« fendeur soient commerçants, ou que la contestation soit re-

(1) Dev.-Car., 51, 1, 737.

« lative à un acte de commerce, réputé tel à l'égard de l'une et « de l'autre des parties; — que celle des parties qui n'a pas la « qualité de commerçant, et à l'égard de laquelle l'engage- « ment ou le fait litigieux n'a pas le caractère d'un acte de « commerce, ne peut donc être contrainte d'appeler le défen- « deur devant le tribunal de commerce, sous le prétexte que « la qualité du défendeur, ou le caractère de l'engagement ou « du fait litigieux, par rapport à celui-ci, le soumettrait à cette « juridiction d'exception, pas plus qu'elle ne serait tenue d'ac- « cepter cette juridiction si elle y était elle-même appelée; — « que les tribunaux ordinaires, ayant juridiction entière et « *vrai détroit et territoire*, ont une compétence générale, qui « ne cesse pas à raison de la qualité de commerçant du défen- « deur, vu le caractère commercial, par rapport à celui-ci « seulement, du fait litigieux, lorsque ce fait leur est soumis « comme fait civil par le demandeur, à l'égard duquel il a « réellement ce caractère...; que, si la société *le Cheptel* est « une société de commerce, il en résulte que le sieur D. aurait « pu l'assigner devant la juridiction commerciale, mais non « pas que cette société soit fondée à l'entraîner devant cette « juridiction d'exception en déclinant la compétence des tri- « bunaux ordinaires... » (1). Je tiens pour absolument fausse, pour contraire à l'esprit comme au texte de la loi, cette théorie d'après laquelle il est loisible au demandeur de choisir la juridiction qui lui convient le mieux. J'ai déjà eu l'occasion de la réfuter (2).

— Un deuxième cas que l'on peut considérer comme n'ayant pas été expressément prévu par l'art. 634, c'est le cas où l'action serait intentée par un préposé contre un autre préposé du même commerçant. Si l'action se rattache au trafic du patron commun des deux plaideurs, ne devons-nous pas encore admettre qu'elle est de la compétence du tribunal de commerce? La

(1) Dev.-Car., 59, 1, 321.
(2) Voy., ci-dessus, p. 388.

question s'est présentée devant la Cour de cassation, non pas, il est vrai, au point de vue de la compétence, mais au point de vue de l'admissibilité de la preuve testimoniale au-dessus de 150 francs. Voici dans quelles circonstances : Un sieur B., employé aux expéditions du chemin de fer de Paris au Havre, prétendait avoir remis à R., employé comme conducteur pour le service du même chemin, un sac d'argent ficelé et cacheté, avec mission de le faire parvenir à sa destination ; B. traduit R. en police correctionnelle comme s'étant rendu coupable d'abus de confiance, le sac n'étant pas parvenu à destination, et l'Administration ayant été obligée d'en restituer la valeur. Devant le tribunal, B. devait-il être admis à prouver par témoins que le sac avait été par lui remis à R. ? La question revenait à celle-ci : *Le fait allégué par B. ne constituait-il pas un acte de commerce?* La Cour de Rouen ayant admis la recevabilité de la preuve testimoniale, le pourvoi formé contre son arrêt a été rejeté, le 1er septembre 1848 : « Attendu que, dans l'espèce, il s'agissait d'un trans-« port, opération toute commerciale qui rentrait précisément « dans la destination de l'entreprise du chemin de fer, comme « dans le service pour lequel l'Administration dudit chemin « avait préposé ses commis B. et R.; — Attendu que les termes « généraux de l'art. 634 s'appliquent tout à la fois aux actions « dirigées par les marchands contre leurs préposés et leurs « commis, comme aux actions que ces derniers peuvent avoir « à exercer entre eux, respectivement, pour le fait du négoce « auquel ils sont attachés; et que B. pouvait invoquer, sous « l'un comme sous l'autre rapport, les dispositions de cet ar-« ticle, puisque, à raison du remboursement de la somme par « l'Administration du chemin de fer, il se trouvait subrogé « aux droits de ses commettants, et que, soit à raison de cette « subrogation, soit parce qu'il s'agissait de l'action introduite « pour un fait du trafic du maître par un préposé envers un « autre préposé pour un service qui leur était confié, la com-« pétence appartenait au tribunal de commerce... » (1).

(1) Dev.-Car., 48, 1, 653.

Il y a certains fonctionnaires qui ne sont pas commerçants et qui, sans avoir fait aucun des actes de commerce que nous connaissons, sont cependant justiciables des tribunaux de commerce. Ce sont les comptables des deniers publics. Aux termes de l'art. 634 n° 2, les tribunaux de commerce connaissent des billets faits par les receveurs, payeurs, percepteurs ou autres comptables de deniers publics; et le deuxième alinéa de l'art. 638 ajoute que les billets des receveurs, payeurs, percepteurs ou autres comptables de deniers publics, seront censés faits pour leur gestion, lorsqu'une autre cause n'y sera point énoncée. — Ici, comme dans bien d'autres cas, la contrainte par corps et la compétence commerciale vont de pair. Seulement, la contrainte par corps a précédé de longtemps la compétence commerciale.

L'Ordonnance de 1673 avait un Titre VII, consacré à la contrainte par corps. Ce Titre se composait de deux articles, l'un relatif au commerce de terre, l'autre relatif au commerce de mer. Voici le texte de l'art. 1er : « Ceux qui auront signé des « lettres ou billets de change (1) pourront être contraints par « corps; ensemble ceux qui y auront mis leur aval, qui auront « promis d'en fournir avec remise de place en place, qui auront « fait des promesses pour lettres de change à eux fournies ou « qui le devront être; entre tous négociants ou marchands « qui auront signé des billets pour valeur reçue comptant « ou en marchandises, soit qu'ils doivent être acquittés à « un particulier y nommé, ou à son ordre, ou au por- « teur. »

Une Déclaration du roi, en date du 26 février 1692, contient ce qui suit : « Encore que par l'art. 1er du Titre VII de notre « Édit du mois de mars 1673, il soit porté que ceux qui ont « signé des lettres ou billets de change pourront être contraints « par corps; ensemble entre tous négociants ou marchands qui « auront signé des billets pour valeur reçue comptant ou en

(1) Sur les *billets de change*, voy. notre t. III, p. 557, en note.

« marchandises, soit qu'ils doivent être acquittés à un particu-
« lier y nommé, ou à son ordre, ou au porteur,

« Néanmoins, plusieurs Cours, juges et juridictions ont dé-
« chargé et déchargent de la contrainte par corps plusieurs
« particuliers, gens d'affaires, lorsqu'il s'agit du paiement des
« billets par eux faits pour valeur reçue, même pour valeur
« reçue comptant, sous prétexte que par l'art. 27 du Titre v du
« même Édit il est porté qu'aucun billet ne sera réputé *billet de*
« *change* si ce n'est pour lettres de change qui auront été four-
« nies ou qui devront l'être, et que nos comptables, chargés du
« recouvrement de nos deniers, les receveurs, trésoriers, rece-
« veurs généraux et particuliers, traitants, sous-traitants et in-
« téressés dans nos affaires, ne sont point marchands ni négo-
« ciants. — De sorte que, si on continuait à les décharger de la
« contrainte par corps pour le paiement des simples billets
« qu'ils font, de valeur reçue et de valeur reçue comptant,
« payables au porteur, ou à un particulier y nommé, ou à son
« ordre, le crédit qui leur est nécessaire pour le bien de notre
« service cesserait absolument, sans lequel ils ne peuvent sou-
« tenir les affaires dont ils sont chargés et qu'ils ne soutiennent
« pour l'ordinaire que par l'usage de ces sortes de billets qu'ils
« font comme les marchands et les négociants.

« A quoi voulant parvenir, nous avons déclaré que l'art. 1^er^
« du Titre VII de notre Édit du mois de mars 1673 soit exécuté
« contre les receveurs, trésoriers, fermiers et sous-fermiers de
« nos droits, traitants généraux et particuliers, intéressés et
« gens chargés du recouvrement de nos deniers, et tous autres
« nos comptables ; et ce faisant qu'ils puissent être contraints
« par corps, ainsi que les négociants, au paiement des billets,
« pour valeur reçue, qu'ils feront à l'avenir, pendant qu'ils se-
« ront pourvus desdites charges ou qu'ils seront chargés du
« recouvrement de nos deniers... »

Au fond, cette disposition est encore aujourd'hui en vigueur. La loi du 15 germinal an VI portait (Titre I, art. 3) que la contrainte par corps aurait lieu *pour versement de deniers publics et*

nationaux. Et la loi du 17 avril 1832 contient les dispositions suivantes :

ART. 8. « Sont soumis à la contrainte par corps, pour raison « du reliquat de leurs comptes, déficit ou débet constaté à leur « charge, et dont ils ont été déclarés responsables : 1° les « comptables de deniers publics ou d'effets mobiliers publics, et « leurs cautions; 2° leurs agents ou préposés, qui ont person- « nellement géré ou fait la recette; 3° toutes personnes qui « ont perçu des deniers publics dont elles n'ont point effectué « le versement ou l'emploi, ou qui, ayant reçu des effets mo- « biliers appartenant à l'État, ne les représentent pas ou ne « justifient pas de l'emploi qui leur avait été prescrit. »

ART. 9. « Sont compris dans les dispositions de l'article pré- « cédent : les comptables chargés de la perception des deniers « ou de la garde et de l'emploi des effets mobiliers appartenant « aux communes, aux hospices et aux établissements publics, « ainsi que leurs cautions et leurs agents et préposés, ayant « personnellement géré ou fait la recette. »

Cependant la Commission chargée de rédiger le projet du Code de commerce n'avait point rendu justiciables des tribunaux consulaires les comptables de deniers publics. Mais le projet rédigé par la Section *de législation* du Conseil d'État *sur la compétence des tribunaux de commerce*, et présenté par M. Bigot-Préameneu dans la séance du 8 novembre 1806, contenait un art. 5 ainsi conçu : « Les tribunaux de commerce « connaîtront de tous billets faits par les receveurs, trésoriers « et autres comptables chargés du recouvrement des deniers « publics. » M. Bérenger ayant dit : « On ne sait pas quel rap- « port ont ces billets avec le négoce, ni pourquoi la Section *de lé-* « *gislation* en attribue la connaissance aux tribunaux de com- « merce, » M. Bigot-Préameneu répond que c'est parce que ces billets sont des effets mis en circulation. Evidemment cette réponse n'était pas suffisante. Plus tard, dans la séance du 9 mai 1807, fut présentée la rédaction qui a passé dans l'art. 634. Là-dessus « M. Defermon observe que les receveurs,

payeurs, percepteurs et autres comptables de deniers publics, n'ont pas le droit de s'acquitter en billets. M. Beugnot dit que l'article a été demandé par le Directeur général de la Caisse d'amortissement. M. Louis dit que le Trésor public a aussi intérêt à ce que la contrainte par corps soit attachée aux billets qu'il peut recevoir. La disposition est adoptée » (1).

Examinons maintenant en détail les différentes questions auxquelles peuvent donner lieu les dispositions des art. 634 et 638 sur les comptables de deniers publics.

I. Quels sont précisément ces *comptables de deniers publics*, dont parlent nos deux articles? Suivant M. Pardessus, « on doit « considérer comme *comptables publics* ceux qu'une adminis- « tration financière créée par l'Etat prépose aux recettes dont « elle est chargée, et qui versent dans les caisses publiques « leurs recettes, en deniers ou effets souscrits ou endossés par « eux. » Cette définition me paraît prêter à la critique, sous deux rapports :

1° M. Pardessus ne mentionne que les receveurs de deniers publics; or il est incontestable que la loi s'applique également aux payeurs. On peut être comptable de deniers publics, non-seulement quand on reçoit des débiteurs de l'Etat des sommes qui doivent être versées au Trésor, mais aussi quand on est dépositaire de sommes appartenant à l'Etat et destinées à être payées aux créanciers de l'Etat (2). L'art. 2121 du Code Napoléon a voulu indiquer ces deux classes de comptables, en disant que l'Etat a hypothèque légale sur les biens des *receveurs et administrateurs comptables* (3). Le mot *receveurs* comprend d'abord les receveurs généraux de département, les receveurs particuliers d'arrondissement, puis les percepteurs des

(1) Locré, *Législ. de la France*, t. XX, p. 37.

(2) « On entend par *comptable*, dit très-bien M. Cabantous, celui qu « est chargé de manier les fonds, c'est-à-dire de recevoir ou de payer » (*Répét. écr. sur le droit public et administratif*, n° 671).

(3) Voy. aussi l'art. 1er de la loi du 5 septembre 1807, *relative aux droits du Trésor public sur les biens des comptables.*

contributions directes, enfin ceux qu'on appelle proprement les receveurs des contributions indirectes, les receveurs de l'enregistrement, les conservateurs des hypothèques, les receveurs des douanes. En ce qui concerne les *payeurs* ou *administrateurs comptables*, je me borne à transcrire ici l'art. 352 du décret impérial du 31 mai 1862, *portant règlement général sur la comptabilité publique* : « Le paiement des ordonnances et « mandats délivrés sur les caisses des payeurs est effectué par « un payeur unique dans chaque département, par le direc- « teur comptable des caisses centrales à Paris, par des trésо- « riers-payeurs en Algérie et dans les colonies, et, lorsqu'il y « a lieu, par des payeurs d'armées » (1).

2° M. Pardessus n'indique pas assez clairement ce qu'il faut entendre par *deniers publics*. On pourrait croire qu'il s'agit exclusivement de *deniers appartenant à l'Etat*. Or l'expression *deniers publics* doit être prise dans un sens plus large, comme synonyme de *deniers qui n'appartiennent point à un particulier*. « Les deniers publics, dit en effet l'art. 1^er^ du décret du 31 « mai 1862, sont les deniers de l'Etat, des départements, des « communes et des établissements publics ou de bienfaisance.» Il faut donc considérer comme justiciables des tribunaux de commerce, aux termes de nos articles 634 n° 2 et 638, le receveur municipal (2), le receveur spécial d'un hospice (3), l'économe d'un lycée, etc. — La pratique paraît admettre sans difficulté cette interprétation des mots *deniers publics*. Seulement, on s'est demandé si la règle qui nous occupe est applicable au fermier de l'octroi d'une ville. La Cour de Caen a répondu affirmativement : « Le fermier de l'octroi, dit la Cour,

(1) Du reste, les *receveurs* jouent éventuellement le rôle de *payeurs* : « Les receveurs des finances et les percepteurs sous leurs ordres, dit l'art. « 354 du décret, doivent faire, sur les fonds de leurs recettes, tous les « paiements pour lesquels leur concours est jugé nécessaire. Les autres « receveurs des revenus publics peuvent être appelés à concourir de la « même manière au paiement des dépenses pour le compte du payeur. »

(2) Voy. l'art. 515 du décret de 1862.

(3) Voy. l'art. 559 du même décret.

« est véritablement receveur de deniers publics ; l'art. 634 du « Code de commerce attribue aux tribunaux de commerce la « connaissance des billets faits par des hommes de cette pro- « fession, et il est superflu d'examiner si G. doit, à raison de « cette qualité, être réputé comptable, parce que la loi ne fait « pas dépendre exclusivement la compétence de la qualité de « comptable. » A l'appui du pourvoi formé contre cet arrêt, on disait, avec raison : « Les mots *ou autres comptables*, con- tenus dans l'art. 634, démontrent clairement que, suivant l'in- tention de la loi, il ne suffit pas, pour être justiciable des tri- bunaux de commerce, d'être chargé de percevoir des deniers publics, il faut encore être tenu de rendre un compte ; or un fermier de l'octroi n'a aucun compte à présenter, ses obliga- tions se bornent à payer le prix de son bail... » Le pourvoi fut néanmoins rejeté par la Cour suprême, le 12 mai 1814 (1). La Cour de Toulouse me paraît avoir fait une plus juste appli- cation des principes, en décidant, le 5 mars 1825, que les som- mes perçues par le fermier de l'octroi ne sont pas des deniers publics (2). Cependant la doctrine de la Cour de cassation a été embrassée, en général, par les auteurs (3).

Ce que nous décidons relativement au fermier de l'octroi, nous devons évidemment le décider, par identité de motifs, re- lativement au débitant de tabac. Comme l'exprime très-bien un arrêt de la Cour de Caen, du 10 juin 1862, « les débitants « de tabac ne peuvent pas être rangés dans la classe des *rece-* « *veurs* ou *comptables de deniers publics*. Ils paient à l'Adminis- « tration des contributions indirectes le prix des tabacs qu'on « leur fournit, au moment même où cette fourniture a lieu, et « c'est, par conséquent, pour eux-mêmes qu'ils reçoivent le « prix payé par les consommateurs, prix dont ils n'ont point « à rendre compte. Ainsi on ne peut leur appliquer sous aucun

(1) Dalloz, *op. cit.*, v° *Compétence commerciale*, n° 160.
(2) Dalloz, *op. cit.*, v° *Acte de commerce*, n° 76.
(3) Voy. MM. Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 328; Orillard, *op. cit.*, n° 482 Bédarride, *op. cit.*, n°s 343 et 344.

« rapport la disposition du § 2 de l'art. 634 du Code de com-« merce » (1).

II. Quels sont précisément les actes à raison desquels les comptables de deniers publics sont justiciables des tribunaux de commerce? Les art. 634 et 638 parlent des *billets* que ces comptables ont faits ou souscrits. Peu importe qu'il s'agisse de billets à ordre ou de billets à personne dénommée, d'actes sous seing privé ou d'actes notariés : l'expression de la loi me paraît embrasser ces différents cas, et c'est aussi l'opinion générale (2). Mais il ne me paraît pas possible d'appliquer nos articles à une simple promesse verbale. J'ai bien admis que la promesse même verbale d'un commerçant doit être présumée de la compétence des tribunaux de commerce : c'est qu'à cet égard les art. 631 et 632 s'expriment dans les termes les plus généraux. Au contraire, en ce qui concerne les comptables de

(1) Dev.-Car., 62, 2, 507. Dans l'espèce, il s'agissait de savoir, non pas si le débitant de tabac est justiciable du tribunal de commerce, mais s'il est contraignable par corps. Comme nous l'avons indiqué, les deux questions, en général, n'en font qu'une. Voy. en ce sens l'arrêt de la Cour de Metz, du 29 décembre 1859 (Dev.-Car., 61, 2, 287). Je ne puis voir qu'une inadvertance dans les lignes suivantes de M. Bravard : « On a été conduit « par des raisons spéciales à étendre ici la compétence du tribunal de « commerce hors de sa sphère naturelle, à des personnes et à des actes « qui n'ont rien de commercial; on a cru que c'était le meilleur moyen de « donner tout à la fois plus de crédit aux comptables et plus de sécurité « au public. C'est uniquement par ces motifs qu'on a soumis à la compé-« tence des tribunaux de commerce les actions dont il s'agit, et, *par con-« quent, ils ne pourront pas prononcer la contrainte par corps* » (ci-dessus, p. 237 et 238).

Le débitant de tabac, qui n'est pas un *receveur comptable de deniers publics*, n'est pas davantage un commerçant, lors même qu'il vend des pipes et autres objets nécessaires aux consommateurs : il y a là un simple accessoire de la gestion du bureau. Ainsi jugé par la Cour de Lyon, le 29 août 1861 (Dev.-Car., 62, 2, 507).

(2) M. Molinier est d'un avis contraire : « Ces dispositions, dit-il (n° 106), « sont exorbitantes du droit, et leur application doit dès lors être stricte-« ment renfermée dans les termes de la loi. En partant de ce point de « vue, nous sommes amené à penser qu'un comptable ne serait pas jus-« ticiable des tribunaux de commerce à raison des obligations qu'il aurait « contractées sous une forme autre que celle des billets susceptibles d'être « cédés dans le commerce. »

deniers publics, la loi ne parle nulle part d'*engagements* ou d'*obligations*, elle parle uniquement de *billets* (1).

Relativement aux billets à ordre, je ne distingue pas suivant qu'ils ont été souscrits ou simplement endossés par les comptables de deniers publics. Comme le dit M. Vincens, « quand un « receveur négocie sa signature pour se faire des fonds en « usant des ressources du commerce, peu importe qu'il fasse « circuler le papier qu'il crée ou celui qu'il s'est procuré et qu'il « endosse. » Comme le dit également la Cour de Poitiers, dans un arrêt du 24 janvier 1832, « le § 2 de l'art. 634 du Code de « commerce est applicable à tous comptables de deniers pu- « blics, qui, par une voie quelconque, transmettent à un tiers « la propriété d'un billet à ordre, revêtu de leur signature : « décider autrement serait leur procurer les moyens d'éluder « la sévérité de l'article » (2).

Le tribunal de commerce est-il donc compétent pour connaître toujours de l'écrit constatant l'obligation d'un comptable de deniers publics? Non : la portée générale qu'on serait tenté de donner à l'art. 634 s'il existait seul dans la loi, est certainement restreinte par la disposition finale de l'art. 638. Cette disposition finale ne peut avoir pour objet que d'indiquer la possibilité qu'un billet fait par un comptable de deniers publics demeure dans la compétence des tribunaux ordinaires. Du reste, deux hypothèses peuvent se présenter :

1° Il est énoncé dans le billet que l'obligation du comptable a une cause étrangère à sa gestion, telle que l'achat d'un immeuble ou l'achat de denrées ou marchandises destinées à l'usage particulier du comptable (3). Alors, sans aucun doute, on

(1) C'est l'opinion de M. Pardessus. Voy. aussi MM. Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 329 et 330; Bédarride, *op. cit.*, nos 335 et 336. En sens contraire, voy. M. Orillard, *op. cit.*, n° 484.

(2) Dalloz, *op. cit.*, v° *Compétence commerciale*, n° 162. Voy. aussi MM. Nouguier, *op. cit.*, p. 330 et 331; Molinier, *op. cit.*, n° 107; Orillard, *op. cit.*, n° 485; Bédarride, *op. cit.*, n° 346.

(3) De même, quand un receveur général s'oblige envers un particulier à lui acheter des rentes sur l'Etat, il n'agit point en qualité de comptable

appliquera la disposition finale de l'art. 638, on décidera que le tribunal de commerce n'est pas compétent. La seule difficulté est de savoir si, en dehors de ce cas où le billet énonce expressément une cause étrangère à la gestion, le tribunal de commerce est nécessairement compétent, et ceci nous amène à l'examen de notre deuxième hypothèse.

2° Le billet n'exprime pas la nature de la cause : à la simple lecture du billet, on ne voit pas si l'obligation du comptable a été contractée à l'occasion de sa gestion ou pour une cause étrangère à cette gestion. Alors il est bien certain que nous devons présumer qu'elle a été contractée à l'occasion de la gestion, et qu'ainsi c'est au tribunal de commerce qu'il appartient d'en connaître. La loi établit clairement cette présomption, lorsqu'elle dit : « Les billets des receveurs, payeurs, percepteurs « ou autres comptables de deniers publics, seront censés faits « pour leur gestion. » Seulement, on se demande si cette présomption légale est une présomption *juris et de jure*, ou si au contraire il est permis au comptable d'y échapper. Le comptable, poursuivi devant le tribunal de commerce à raison d'un billet qui n'énonce pas clairement la cause, est-il recevable à décliner la compétence de ce tribunal en prouvant que la cause est étrangère à sa gestion? En ce qui concerne le billet souscrit par un commerçant, nous avons reconnu que la présomption légale admet la preuve contraire ; il paraît impossible que la disposition finale de l'art. 638, qui embrasse dans sa rédaction le cas où le billet émane d'un commerçant et le cas où le billet émane d'un comptable, n'ait pas la même signification relativement à l'un et relativement à l'autre. Voici cependant ce que je lis dans l'ouvrage de M. Bédarride (n° 337) :

« Dès que la dette du comptable est constatée par écrit, la « compétence du tribunal consulaire est acquise, et la faculté

des deniers publics. Voy. Dalloz, *op. cit.*, v° *Compétence commerciale*, n° 165.

« de prononcer au fond ne saurait lui être contestée... Comme « l'art. 634 est général et absolu dans sa spécialité, il ne sub- « ordonne pas la compétence du tribunal consulaire à la con- « dition que les billets auront pour cause la gestion. Dès qu'il « s'agit d'un billet souscrit par un comptable des deniers pu- « blics, la juridiction commerciale peut et doit être investie ; « il n'en est autrement que si le billet exprimait formellement « une cause civile. Dans ce cas, l'ajournement devant les « juges consulaires ne serait qu'un abus ; et, comme leur in- « compétence serait, non-seulement à raison de la personne, « mais encore à raison de la matière, ils devraient se désin- « vestir sur la requête du défendeur et même d'office. Si le « billet n'indique aucune cause, le droit pour le tribunal de « commerce de prononcer entre les parties est, comme nous « venons de le dire, la conséquence forcée de l'art. 634 ; et ce « droit ne recevrait aucune atteinte, même de la certitude ac- « quise que la cause réelle est étrangère à la gestion et ne re- « pose sur aucune opération ni acte de commerce. »

A cela plusieurs réponses peuvent être faites :

M. Bédarride lui-même dit, un peu plus loin (n° 393), en parlant de l'obligation contractée par un commerçant : « Le « silence gardé sur la cause de l'obligation ne la rend pas for- « cément commerciale. On a prétendu faire résulter des der- « niers mots de notre art. 638 la nécessité de l'énonciation « dans le titre même de la cause étrangère au commerce, d'où « l'on concluait qu'à défaut la compétence consulaire était ir- « révocablement acquise ; mais cette interprétation n'a été ac- « cueillie ni en doctrine ni en jurisprudence. L'article n'induit « du silence sur la cause qu'une présomption qui n'est pas *juris* « *et de jure*. En conséquence, elle peut être détruite par la preuve « contraire... » Si cela est vrai, comme je le crois, quand il s'agit du billet souscrit par un commerçant, à plus forte raison faut-il le tenir pour vrai quand il s'agit du billet souscrit par un comptable de deniers publics : car, comme le remarque si justement notre auteur (n° 392), « à la différence des comp-

« tables, les commerçants sont de droit justiciables de la juri-
« diction consulaire : les y ajourner, c'est donc les traduire de-
« vant leur juge naturel, quel que soit d'ailleurs l'objet de la
« demande... Quant aux comptables, n'étant pas commerçants,
« ce n'est que par exception qu'on peut les traduire devant les
« tribunaux consulaires. »

Après avoir dit que la compétence du tribunal de commerce ne recevrait aucune atteinte même de la certitude acquise que la cause réelle de l'obligation du comptable est étrangère à la gestion, M. Bédarride ajoute (n° 338) : « L'unique effet de « cette certitude serait de créer un obstacle invincible à la pro-« nonciation de la contrainte par corps. » Mais si le tribunal de commerce reste compétent, il me paraît difficile d'admettre qu'il ne devra pas prononcer la contrainte par corps contre le comptable en le condamnant. En effet, les origines historiques de la disposition contenue dans l'art. 634 n° 2 et les motifs donnés au Conseil d'Etat pour expliquer cette disposition ne permettent guère de croire que, dans la pensée du législateur, le comptable de deniers publics puisse être justiciable du tribunal de commerce sans être contraignable par corps. On peut, d'ailleurs, induire par un argument *a contrario* de l'art. 637 le principe général que, partout où le tribunal de commerce est compétent, la contrainte par corps doit être prononcée (1).

Enfin la doctrine que je combats est absolument contraire aux principes généraux ; celle que je défends est conforme à la fois aux principes généraux et au texte de l'art. 638 *in fine*. Quelle est la règle générale concernant l'effet d'une présomption de la loi ? C'est d'abord que cette présomption dispense de toute preuve celui au profit de qui elle existe ; c'est, de plus, que nulle preuve contraire n'est admise lorsque, sur le fondement de cette présomption, la loi annule certains actes

(1) Voy. particulièrement l'arrêt de la Cour de Metz, du 29 décembre 1859 (Dev.-Car., 61, 2, 287). Voy. auss MM. Nouguier, *op. cit.*, t. 1er, p. 328 ; Molinier, *op. cit.*, n° 104 ; Orillard, *op. cit.*, n° 481.

ou dénie l'action en justice (1). Dans le cas qui nous occupe, il ne s'agit ni d'annuler un acte ni de dénier l'action en justice: donc le droit commun nous conduit à dire que la présomption légale formulée dans l'art. 638 *in fine* peut céder devant la preuve contraire. Et le texte de la loi, n'apportant aucune dérogation à cette règle du droit commun, la confirme implicitement. Ce texte doit être paraphrasé ainsi : *Lorsque le billet du comptable énonce une cause étrangère à la gestion, la loi ne présume pas que cette énonciation soit fausse, et, en principe, le comptable reste soumis à la juridiction des tribunaux ordinaires. Lors, au contraire, que le billet est muet sur la nature précise de la cause, lorsque, par exemple, il est causé* VALEUR REÇUE COMPTANT, *il y a bien présomption de la loi que l'obligation se rattache à la gestion du comptable; mais ce comptable, qui a pu être régulièrement poursuivi devant le tribunal de commerce, est recevable, conformément au droit commun, à faire tomber la présomption, à prouver qu'en réalité il s'est obligé en dehors de sa gestion, et, cette preuve une fois faite, il se trouvera que le tribunal de commerce est incompétent.*

La doctrine à laquelle je me suis arrêté paraît, du reste, être généralement admise par les auteurs. Ils ne prennent même pas la peine de discuter la question. Ecoutons M. Orillard : « La présomption élevée par la qualité de la personne « est de même nature que celle imprimée pareillement à tous « les engagements des commerçants par leur qualité person- « nelle : ces présomptions s'établissent et se combattent par « les mêmes moyens » (2).

III. En principe, la compétence du tribunal de commerce dans le cas que nous étudions n'existe qu'autant que l'obligé avait la qualité de comptable des deniers publics au moment où il a fait le billet; et, du reste, peu importe qu'il ait encore cette qualité ou bien qu'il l'ait perdue au moment des pour-

(1) Voy. l'art. 1352 du Code Napoléon.

(2) *Op. cit.*, n° 483. Voy. aussi M. Nouguier, *op. cit.*, t. I, p. 329.

suites exercées contre lui. J'aurais cependant beaucoup de peine à dire, avec un arrêt de la Cour de Paris, du 22 juillet 1826 (1), que celui qui s'oblige à payer tel jour une somme *à lui prêtée pour faire le cautionnement de la place de receveur des finances qu'il doit obtenir*, que celui-là ne peut pas être justiciable du tribunal de commerce (2).

IV. Lorsqu'un billet a été fait par le préposé d'un comptable, en sa qualité de préposé, le comptable ayant été dûment représenté, les choses se passent comme si le billet avait été fait par le comptable lui-même. Du reste, la disposition de l'art. 634 n° 1 étant exorbitante du droit commun, il ne me paraît pas possible d'étendre aux préposés du comptable ce que la loi dit des préposés du commerçant : le comptable qui aurait quelque réclamation à faire contre son préposé devrait donc s'adresser aux tribunaux ordinaires. La question s'est présentée devant la Cour de Riom, mais à un autre point de vue. Un percepteur avait remis une somme de 1000 fr. à un commis du receveur des finances pour la verser dans la caisse de celui-ci; le versement n'ayant pas eu lieu, le percepteur assigne le commis devant le tribunal de commerce en restitution des 1000 fr., et le tribunal de commerce, nonobstant le déclinatoire proposé, se déclare compétent. Sur l'appel, la Cour de Riom, par un arrêt du 3 août 1815, confirme le jugement : l'arrêt se borne à dire qu'un pareil abus de confiance de la part d'un employé à une recette est prévu par l'art. 638 du Code de commerce et le rend, par cela même, justiciable du tribunal consulaire (3). Comme le remarque M. Bédarride (n° 347), cet arrêt méconnaît tous les principes. De deux choses l'une : ou le commis avait pouvoir du receveur de toucher pour son compte, ou il n'avait pas ce pouvoir. Dans le premier cas, le percepteur, ayant remis l'argent au commis du

(1) Dalloz, *op. cit.*, v° *Compétence commerciale*, n° 166.

(2) L'arrêt de la Cour de Paris est critiqué par M. Orillard (n° 486), et approuvé par M. Bédarride (n° 343).

(3) Dalloz, *loc. cit.*, n° 169.

receveur, devait être exactement dans la même position que s'il l'eût remis au receveur; c'était seulement au receveur à poursuivre son commis infidèle, et il devait le poursuivre devant les tribunaux ordinaires. Dans le deuxième cas, au contraire, c'est au percepteur et non au receveur que devait nuire l'infidélité du commis : c'était donc au percepteur à exercer la poursuite, et il devait l'exercer devant les tribunaux ordinaires, surtout si nous supposons que le commis ne s'était pas obligé envers lui par écrit.

III. — *Compétence mixte.*

Le tribunal de commerce peut être compétent, à raison de la nature de l'acte qui donne lieu au procès; il peut être compétent, à raison de la qualité de la personne qui joue le rôle de défendeur. Enfin, nous allons étudier des cas où la compétence dépend tout à la fois de la nature de l'acte et de la qualité d'une personne obligée par cet acte. Cette étude comprend l'explication des art. 636 et 637, lesquels sont ainsi conçus :

ART. 636. « Lorsque les lettres de change ne seront réputées « que simples promesses aux termes de l'art. 112, ou lorsque « les billets à ordre ne porteront que des signatures d'indivi- « dus non négociants, et n'auront pas pour occasion des opé- « rations de commerce, trafic, banque, change ou courtage, le « tribunal de commerce sera tenu de renvoyer au tribunal civil, « s'il en est requis par le défendeur. »

ART. 637. « Lorsque ces lettres de change et ces billets à « ordre porteront en même temps des signatures d'individus « négociants et d'individus non négociants, le tribunal de com- « merce en connaîtra; mais il ne pourra prononcer la con- « trainte par corps contre les individus non commerçants, à moins « qu'ils ne se soient engagés à l'occasion d'opérations de com- « merce, trafic, change, banque ou courtage. »

Voici comment je formulerai tout d'abord, d'une manière générale, l'idée qui ressort de ces deux articles : *L'obligation*

contractée par lettre de change est essentiellement un acte de commerce; l'obligation contractée simplement dans la forme A ORDRE *est bien considérée comme ayant aussi un certain caractère commercial, mais avec des effets beaucoup moins puissants.*

Je suppose une personne obligée, non par lettre de change, mais cependant par un titre qui, en vertu de la clause *à ordre* qu'il contient, peut se négocier et circuler par voie d'endossement. Cela comprend le *billet à ordre* proprement dit; cela comprend aussi le titre qui aurait été qualifié *lettre de change*, mais dans lequel la loi ne veut voir qu'*une simple promesse*. Sur ce dernier point, il faut remarquer que notre art. 636 renvoie seulement à l'art. 112, qui répute simples promesses *toutes lettres de change contenant supposition soit de nom, soit de qualité, soit de domicile, soit des lieux d'où elles sont tirées ou dans lesquels elles sont payables.* On ne renvoie pas à l'art. 113, aux termes duquel *la signature des femmes et des filles non négociantes ou marchandes publiques, sur lettre de change, ne vaut, à leur égard, que comme simple promesse.* Mais, j'ai déjà eu l'occasion de le remarquer (1), il ne paraît pas possible que la *simple promesse* d'une femme ou d'une fille non commerçante ait contre elle une efficacité commerciale que n'aurait pas le titre réputé simple promesse pour cause de *supposition*. Ce que l'art. 636 dit du cas prévu par l'art. 112, il faut donc le dire également du cas prévu par l'art. 113 (2).

La personne ainsi obligée par un titre à ordre qui n'a pas la valeur d'une lettre de change est-elle justiciable du tribunal de commerce? A cet égard, plusieurs distinctions doivent être faites. Je supposerai d'abord que sur le titre il ne se trouve aucune signature de commerçant. Alors, si la personne poursuivie ne s'est pas obligée à l'occasion d'une opération de commerce, s'il n'y a pas eu de sa part un acte de commerce, elle pourra bien décliner la compétence du tribunal consu-

(1) Voy. notre t. III, p. 130, note 3.

(2) Voy., en sens contraire, Dalloz, *loc. cit.*, n° 183. Comp. M. Bédarride, *op. cit.*, n° 381.

laire; mais, au cas où elle ne la déclinerait point, la clause *à ordre* aura cet effet que le tribunal consulaire ne devra pas d'office se déclarer incompétent (1). Si, au contraire, il y a eu acte de commerce, il va de soi (et ici la règle serait la même au cas d'un titre *à personne dénommée*) que le tribunal consulaire est parfaitement compétent; et, en supposant que le tribunal civil eût été saisi, je crois que, même d'office, il devrait se déclarer incompétent (2).

Maintenant, je suppose que sur le titre il se trouve à la fois une ou plusieurs signatures de non-commerçants, une ou plusieurs signatures de commerçants. Le non-commerçant, obligé pour cause purement civile, pourra-t-il, s'il est poursuivi devant le tribunal de commerce, décliner la compétence de ce tribunal? L'art. 637 répond, en termes absolus, qu'il ne le pourra pas; il ajoute seulement, ce qui avait besoin d'être dit, qu'en cas pareil le tribunal de commerce ne prononcera pas la contrainte par corps contre l'homme dont il s'agit. De ce que la loi proclame ainsi en termes absolus la compétence du tribunal de commerce, il faut conclure qu'il n'y a pas à distinguer suivant que le non-commerçant a signé le titre avant ou après le commerçant, ni suivant que ce non-commerçant est poursuivi seul ou conjointement avec des signataires commerçants : le tribunal de commerce est également compétent dans tous les cas (3). Sur le premier point il n'y a pas grande controverse (4). Mais la question a été vivement débattue pour le

(1) Il n'y a donc pas ici, de la part du tribunal de commerce, une incompétence absolue, *ratione materiæ*. Il en était autrement sous l'empire de l'Ordonnance de 1673, comme l'a jugé le tribunal de cassation le 14 octobre 1791. Voy. Dalloz, *loc. cit.*, nos 187, 212-214.

(2) Voy. ci-dessus, p. 309 et suiv.

(3) Telle était aussi la doctrine de M. Bravard (voy., ci-dessus, p. 239 et 240).

(4) La Cour de Bastia, dans un arrêt du 28 août 1854, s'exprime très-bien lorsqu'elle dit : « Vainement la veuve S. soutient qu'elle n'a con-« senti qu'un engagement civil qui ne saurait la soumettre à la juridiction « consulaire, les endossements, bien qu'émanés de négociants, n'ayant pu « changer la nature de l'effet ni modifier quant à elle les règles de la

cas où le porteur du titre demande le paiement au non-commerçant tout seul. MM. Orillard et Bédarride soutiennent que l'art. 637 n'est applicable qu'autant que des signataires commerçants sont poursuivis conjointement avec le non-commerçant. Suivant ces auteurs, « le créancier n'est pas obligé de diviser son action : il peut traduire simultanément devant les juges-consuls le signataire commerçant et le signataire non commerçant. Mais, s'il divise son action, il ne pourra, contre le gré de son débiteur, saisir la juridiction consulaire de la connaissance d'une obligation purement civile; c'est seulement lorsqu'il lui défère la connaissance de l'obligation commerciale que le compétent peut y attirer l'incompétent... Il faut chercher ailleurs que dans le caractère commercial du titre la raison de l'attribution que l'art. 637 confère à la juridiction exceptionnelle : cette raison n'est et ne peut être que la volonté d'éviter la multiplicité des actions et de prévenir ainsi une fâcheuse contrariété dans les jugements... » (1).

Ces considérations n'ont point prévalu devant la Cour de cassation. S'attachant au texte de l'art. 637, la Cour de cassation a décidé, à deux reprises, que le tribunal de commerce est compétent lors même que les poursuites seraient dirigées seulement contre le signataire non commerçant (2). A l'appui de cette décision, outre le texte de l'art. 637, on peut invoquer encore le texte de l'art. 636 : en effet, il ressort de l'art. 636 que le non-commerçant, actionné devant le tribunal de commerce, n'est fondé à décliner la compétence qu'autant que le

« compétence : celui qui souscrit une valeur négociable par la voie de « l'endossement doit nécessairement subir toutes les conséquences qui « résultent du caractère propre du titre....; les principes posés dans l'art. « 637 sont applicables même dans le cas où le souscripteur originaire n'est « pas négociant et où les endosseurs seuls sont revêtus de cette qualité » (Dev.-Car., 54, 2, 644).

(1) M. Orillard, *op. cit.*, n° 433; M. Bédarride, *op. cit.*, n°s 374 et suiv.

(2) Arrêts du 26 juin 1839 (Dev.-Car., 39, 1, 878), et du 20 décembre 1847 (Dev.-Car., 48, 1, 241). Voy. aussi l'arrêt de la Cour de Paris du 26 mars 1858 (Dev.-Car., 58, 2, 568).

titre porte uniquement des signatures d'individus non commerçants. D'ailleurs, je crois qu'il est dans l'esprit de la loi de ne pas permettre que le créancier puisse à son gré faire juger sa prétention par le tribunal civil ou par le tribunal de commerce.

— Les art. 636 et 637 supposent un titre qui vaut comme *effet à ordre*, qui est négociable par simple endossement : ces articles seraient inapplicables si à la prétendue lettre de change manquait l'une des formalités prescrites par l'art. 110, si au prétendu billet à ordre manquait l'une des énonciations requises par l'art. 188. Ainsi, par exemple, le titre n'exprime pas la valeur fournie : s'il ne porte aucune signature de commerçant, l'art. 636 ne s'appliquera pas, en ce sens qu'un non-commerçant obligé pour cause non commerciale étant traduit devant le tribunal de commerce, il y aurait là une incompétence absolue que le tribunal lui-même devrait déclarer d'office ; si le titre porte à la fois des signatures d'individus commerçants et d'individus non commerçants, l'art. 637 ne s'appliquera pas, en ce sens que le commerçant, obligé pour cause non commerciale, ne sera nullement justiciable du tribunal de commerce (1).

— Lorsque les art. 636 et 637 parlent de titres portant la signature d'individus négociants ou non négociants, ces articles supposent toujours un signataire obligé comme tireur, comme accepteur, comme souscripteur, comme endosseur ou comme donneur d'aval. Cela est incontestable. Mais on peut se demander quel sera en cette matière l'effet d'un endossement irrégulier ou d'un endossement en blanc. Par exemple, que décider si le titre ne porte que des signatures de non-commerçants, sauf celle d'un commerçant qui l'a endossé en blanc ou d'une manière irrégulière? En s'attachant au principe que l'endossement irrégulier n'est qu'une procuration, il faut répondre, avec un arrêt de la Cour de Bordeaux, du 19 novembre 1827 : « Le

(1) Comp. M. Bédarride et les arrêts qu'il rapporte (*op. cit.*, nos 373, 379 et 380). Voy. aussi Dalloz, *loc. cit.*, nos 216 et 217.

« souscripteur d'un billet à ordre n'est exclu du droit d'en con-
« tester l'endossement, ni par l'art. 138 du Code de commerce
« ni par aucun autre : par conséquent, il est recevable, s'il a
« intérêt à le faire, soit pour n'être pas distrait de ses juges natu-
« rels, soit pour opposer à l'endosseur des compensations et des
« exceptions. Si l'art. 637 renvoie au tribunal de commerce la
« connaissance des billets à ordre qui porteront en même temps
« des signatures d'individus négociants et d'individus non né-
« gociants, cette disposition n'est applicable qu'au cas où l'ac-
« tion en paiement desdits billets peut être exercée contre tous,
« également obligés par leurs signatures ; aux termes de
« l'art. 138, l'endossement en blanc n'opère pas le transport
« des billets, et n'est qu'une procuration qui n'autorise pas le
« mandataire à assigner le mandant en paiement des effets
« qu'il est chargé de négocier ou de recouvrer pour son
« compte... » (1). — Je crois qu'il faudrait s'en tenir à cette dé-
cision, lors même que le commerçant qui a fait l'endossement
irrégulier reconnaîtrait avoir reçu la valeur du billet, et, par
conséquent, en avoir transféré la propriété (2).

— Conformément à la jurisprudence qui prévaut aujourd'hui
et que je crois parfaitement fondée, le *billet à domicile*, en prin-
cipe, n'a que les effets du billet à ordre proprement dit (3) : en
conséquence, les art. 636 et 637 sont parfaitement applicables
au cas d'un *billet à domicile*.

— La partie qui s'oblige peut toujours, pour l'exécution de
son obligation, faire élection de domicile dans un lieu autre
que celui où elle a réellement son domicile ; et alors le procès
auquel pourra donner lieu l'obligation dont il s'agit sera régu-
lièrement soumis au tribunal du domicile élu (4). Cette élec-
tion de domicile résulte-t-elle implicitement de ce que l'obligé

(1) Dalloz, *loc. cit.*, n° 221. Voy. aussi l'arrêt de la Cour d'Orléans, du 11 décembre 1837 (Dalloz, *op.* et v° *cit.*, n° 222).

(2) Voy. notre t. III, p. 182 et suiv.

(3) Voy., ci-dessus, p. 377 et 378.

(4) Voy. l'art. 111 du Code Napoléon et l'art. 59 *in fine* du Code de procédure.

a déclaré qu'il paierait en tel lieu? Non, en matière civile (1); oui, en matière commerciale (2). D'après cela, lorsqu'un billet à ordre a été souscrit par un non-commerçant pour une cause non commerciale, les poursuites à fin de paiement pourront-elles être exercées devant le tribunal du lieu où le paiement devait être fait? L'affirmative doit être admise seulement dans le cas où le billet se trouve revêtu de la signature d'un ou de plusieurs commerçants, dans le cas où la compétence des tribunaux de commerce ne pourrait pas être déclinée. La question s'est présentée dans les circonstances suivantes : Un sieur N. avait souscrit à l'ordre du sieur R. un billet de 1,200 francs; et ce billet portait l'indication de paiement suivante : *à mon domicile, à Larche.* Le billet n'ayant pas été acquitté à l'échéance, R. assigne N. devant le tribunal civil du domicile indiqué, bien que N. eût alors transporté son domicile à Neuilly. Le tribunal de Brives n'ayant pas admis le déclinatoire, son jugement fut infirmé par la Cour de Limoges; et le pourvoi formé contre l'arrêt de cette Cour rejeté, le 10 avril 1861. Comme le dit très-bien la Chambre des requêtes, « le billet à ordre « dont s'agit au procès, souscrit par un non-négociant au « profit d'un non-négociant, n'est pas sorti des mains de celui-« ci et n'a pour cause aucune des opérations prévues par « l'art. 636 : dès lors il ne constitue qu'une obligation civile. « Or, en matière civile, à la différence de ce qui a lieu en ma-« tière commerciale, l'indication du lieu de paiement n'est « point attributive de juridiction. D'où il suit qu'en refusant « d'appliquer à la cause l'art. 420 du Code de procédure, spé-« cial aux obligations commerciales, l'arrêt attaqué, bien loin « d'avoir violé ledit article et l'art. 111 du Code Napoléon, s'y « est au contraire exactement conformé... » (3).

(1) C'est ce que prouve notamment l'art. 1258 nº 6 du Code Napoléon, qui distingue *le lieu dont on est convenu pour le paiement* et *le domicile élu pour l'exécution de la convention.*

(2) Voy. l'art. 420 *in fine* du Code de procédure.

(3) Dev.-Car., 61, 1, 532.

IV. — *Si les tribunaux de commerce peuvent quelquefois juger des questions civiles.*

Il résulte des art. 636 et 637 que, dans deux cas particuliers, un tribunal de commerce connaîtra régulièrement d'une obligation civile. Pour qu'il en soit ainsi, il faut qu'un texte formel de loi l'ait admis : car il y a là une dérogation aux principes généraux, en vertu desquels les tribunaux de commerce ne sont compétents que relativement aux contestations énumérées dans les art. 631 et suiv., contestations nées à l'occasion d'un fait commercial en lui-même ou réputé commercial par le législateur. Nous disons donc qu'en dehors des cas prévus par les art. 636 et 637, jamais, sous aucun prétexte, un tribunal de commerce n'est fondé à connaître d'une question purement civile. Voyons les principales applications qui ont été faites de cette doctrine.

I. Un homme est tenu d'une obligation commerciale : c'est, par exemple, un négociant qui a acheté la récolte d'un propriétaire pour la revendre. Ce débiteur a fourni une caution. On se demande si, à défaut de paiement, la caution ne doit pas être poursuivie devant le tribunal de commerce, comme le débiteur principal. Je distingue. Il est possible qu'en raison des circonstances l'engagement de la caution constitue de sa part un véritable acte de commerce : alors, sans difficulté, la caution sera justiciable du même tribunal que le débiteur principal : ainsi le veut la nature propre de l'engagement de cette caution. Mais si, au contraire, la caution en s'obligeant n'a point fait acte de commerce, si de sa part il y a eu purement et simplement un contrat de bienfaisance, aucune disposition de la loi ne nous autorise à dire que, comme le débiteur qu'elle a cautionné, elle devra être traduite devant le tribunal de commerce; et ce serait fausser le sens de la règle *Accessorium sequitur principale* que de vouloir l'appliquer ici. C'est, du reste, un point qui paraît être aujourd'hui définitivement admis en jurisprudence. Le

26 janvier 1852, la Cour suprême cassait un arrêt de la Cour de Lyon qui avait jugé que le commis d'un marchand, lorsqu'il cautionne une dette commerciale de son patron, fait un acte de commerce et tombe sous l'application de l'art. 634 n° 1. Le principe est bien posé dans cet arrêt du 26 janvier 1852; je regrette seulement d'y trouver une sorte de réserve pour le cas où le créancier voudrait poursuivre la caution conjointement avec le débiteur principal. Après avoir constaté que l'engagement consenti par E. et J. T., commis de commerce, ne peut être considéré comme ayant eu lieu pour le fait du trafic de leur patron, dans le sens de l'art. 634, la Cour de cassation ajoute : « Le cautionnement, lors même que l'obligation prin-« cipale qu'il a pour objet de garantir est commerciale, conserve « son caractère d'engagement purement civil, surtout quand « celui qui l'a donné n'a pas la qualité de commerçant et que « ce cautionnement n'a pas été consenti dans une forme com-« merciale de sa nature. La caution, surtout lorsqu'elle est « poursuivie seule et non pas concurremment avec le débiteur « principal, n'est pas justiciable des tribunaux de commerce, « lesquels sont incompétents *à raison de la matière* pour con-« naître de l'action en paiement dirigée contre elle... » (1).

Le même principe est posé avec plus de fermeté et d'exactitude dans un jugement du tribunal civil de Montbéliard jugeant commercialement, jugement dont les motifs ont été adoptés par la Cour de Besançon, le 21 mai 1860. « En droit, dit le tribunal, « le cautionnement, abstraction faite de la qualification qui « lui est donnée, conserve sa nature de contrat purement civil, « lorsqu'il ne présente, à raison des circonstances, que les ca-« ractères d'un simple engagement de bienfaisance, encore « bien qu'il ait été souscrit par un commerçant envers un autre « commerçant, qu'il ait été affecté à la garantie d'une dette com-« merciale, et que la caution soit poursuivie séparément ou « concurremment avec le débiteur principal, à moins cependant

(1) Dev.-Car., 52, 1, 202.

« que ce cautionnement n'ait été consenti dans une forme « commerciale, ou bien que le garant n'ait eu manifestement un « intérêt direct ou indirect dans l'opération de commerce qu'il « a cautionnée... » (1).

De même que la caution d'un homme obligé commercialement n'est point, par cela seul, justiciable du tribunal de commerce, de même cette caution, ou, pour parler d'une manière plus générale, la caution d'un contraignable par corps, n'est point, en principe, soumise elle-même à la contrainte par corps. Je dis *en principe :* car le législateur a quelquefois dérogé à cette règle. Ainsi, celui qui cautionne un comptable de deniers publics se trouve soumis par-là même, dans certaines éventualités, à la contrainte par corps (2).

II. Il résulte des art. 59 n° 8 et 181 du Code de procédure que l'individu assigné en garantie est tenu de procéder devant le tribunal où la demande originaire est pendante, encore qu'il dénie être garant. Mais cette disposition n'est applicable qu'autant que le tribunal saisi de la demande originaire n'est pas incompétent *ratione materiæ* pour connaître de l'obligation du garant. Comme le dit très-bien la Cour suprême, dans un arrêt de cassation, du 20 avril 1859, « si, aux termes des art. 59 et « 181 du Code de procédure, l'assignation en garantie doit être « donnée devant le tribunal où la demande originaire est pen- « dante, cette règle ne peut être appliquée au cas où l'action en « garantie fait naître un débat qui, *à raison de la matière*, n'est pas « de la compétence du tribunal saisi de l'action principale. En « effet, d'après les dispositions formelles des art. 170 et 424 du « même Code, le tribunal incompétent à raison de la matière « est tenu de renvoyer les parties devant qui de droit, même « d'office et en tout état de cause. Ce principe fondamental et « d'ordre public est supérieur aux règles d'ajournement tracées « par les art. 59 et 181; il n'admet pas d'exception; il domine

(1) Dev.-Car., 61, 2, 141.
(2) Voy. les art. 8 et 9 de la loi du 17 avril 1832. Ci-dessus, p. 419.

« toutes les formes et tous les incidents de procédure, et n'est « point dominé par eux, ce qui arriverait néanmoins si, sous « prétexte de garantie, le juge pouvait connaître d'une matière « qui n'est pas de sa compétence... » (1).

Dans l'espèce qui a donné lieu à cet arrêt, un acheteur était actionné devant le juge de paix en paiement du prix ; il se refusait à payer, en alléguant la falsification de la marchandise à lui vendue et livrée; le demandeur appelait alors en garantie son propre vendeur, qui, ayant fait un acte de commerce, opposait l'incompétence du juge de paix. La décision de la Cour de cassation est évidemment applicable au cas où, la demande primitive ayant été portée devant le tribunal de commerce, l'individu appelé en garantie est tenu d'une pure obligation civile (2). Je l'applique également au cas inverse, où, la demande originaire étant pendante devant le tribunal civil, l'individu appelé en garantie est obligé pour cause commerciale : je crois, en effet, que, si le tribunal de commerce est incompétent *ratione materiæ* en ce qui concerne les questions civiles, le tribunal civil est de même incompétent *ratione materiæ* en ce qui concerne les affaires commerciales (3). Mais la jurisprudence, qui considère l'incompétence du tribunal civil en matière commerciale comme n'étant qu'une incompétence relative, la jurisprudence doit tenir l'art. 181 du Code de procédure pour parfaitement applicable au cas où devant le tribunal civil est appelé en garantie un individu obligé commercialement.

III. Lorsqu'un homme est assigné devant le tribunal de commerce en paiement d'une dette commerciale, j'admets bien que pour sa défense il peut alléguer une cause de compensation légale, lors même que l'obligation qu'il prétend exister à la charge du demandeur serait purement civile : le tribunal de commerce, qui aurait certainement qualité pour apprécier si

(1) Dev.-Car., 59, 1, 595. — Voy. aussi Boitard, *Leçons de procédure civile*, 9e édition, n° 391.

(2) Comp. M. Orillard, *op. cit.*, nos 55 et suiv.

(3) Voy., ci-dessus, p. 309 et suiv.

l'obligation commerciale du défendeur n'a pas été éteinte par le paiement, a également qualité pour apprécier si elle n'a pas été éteinte par l'effet d'une compensation légale. Mais, quand je parle de compensation légale, je suppose nécessairement que l'obligation civile alléguée par le défendeur est parfaitement liquide, que le demandeur n'élève aucune contestation au sujet de cette obligation civile : le droit du tribunal de commerce se borne alors, on peut le dire, à constater un pur fait, le fait de l'extinction de l'obligation commerciale qui a existé à la charge du défendeur : il est maintenant impossible de condamner le défendeur à payer le montant de cette obligation, puisqu'elle est certainement éteinte. Que si le défendeur prétendait avoir sur le demandeur une créance civile, mais une créance non liquide, une créance dont le demandeur conteste l'existence ou au moins le *quantùm*, en un mot, si le défendeur formait une demande reconventionnelle, le tribunal de commerce ne pourrait pas en connaître : l'obligation litigieuse alléguée par le défendeur étant purement civile, il y a de la part du tribunal de commerce une incompétence absolue, *ratione materiæ*. La Cour de Bruxelles, dans un arrêt du 21 avril 1818, exprime très-bien « que les fonctions des juges de « commerce sont circonscrites et limitées aux seules contesta- « tions dont la connaissance leur est attribuée par la loi; qu'il « n'est pas au pouvoir des parties d'étendre la juridiction de « tels juges délégués et d'attribution, et que la reconvention, « étant une espèce de prorogation, ne peut avoir lieu devant « les juges de commerce pour des contestations qui ne sont pas « de leur compétence. » La même doctrine est consacrée par un arrêt de la Cour de Paris, du 4 janvier 1842 (1).

J'arrive ainsi à décider que la partie poursuivie devant un tribunal de commerce n'est pas recevable à invoquer, sous forme de demande reconventionnelle, une obligation civile qu'elle prétend exister à la charge du demandeur, et que le tri-

(1) Dalloz, *op. cit.*, v° *Compétence commerciale*, n° 334.

bunal de commerce doit statuer en faisant abstraction de cette obligation civile (1).

APPENDICE AU TITRE II.

COMPÉTENCE DES CONSEILS DE PRUD'HOMMES.

Nous avons vu que la compétence des tribunaux de commerce peut être *réelle* ou *personnelle* ou *mixte*. La compétence des conseils de prud'hommes est toujours *mixte*, en ce sens que, pour qu'elle existe, il faut que les plaideurs soient des personnes d'une certaine qualité, et, de plus, il faut que la contestation en elle-même ait un certain caractère. C'est ce qu'exprime l'art. 10 du règlement du 20 février 1810, lequel est ainsi conçu : « Nul ne sera justiciable des conseils de prud'hommes, s'il n'est « marchand fabricant, chef d'atelier, contre-maître, teinturier, « ouvrier, compagnon ou apprenti; ceux-ci cesseront de l'être, « dès que les contestations porteront sur des affaires autres que « celles qui sont relatives à la branche d'industrie qu'ils culti- « vent et aux conventions dont cette industrie aura été l'objet : « dans ce cas, ils s'adresseront aux juges ordinaires. » — Je crois utile d'ajouter ici quelques passages, empruntés au rapport de la Commission du Corps législatif qui a préparé la loi du 1er juin 1853 : « De même que les tribunaux consulaires sont appelés à juger promptement et sans frais les litiges qui surgissent des transactions commerciales, les conseils de prud'hommes ont pour mission de terminer par voie de conciliation, ou, si la conciliation est impossible, par jugement, dans les li-

(1) Comp. l'excellent *Traité de la compensation et des demandes reconventionnelles* de M. Albert Desjardins, n° 151. Voy. aussi M. Orillard, *op. cit.*, n°s 50 et 53; et M. Bédarride, *op. cit.*, n°s 431 et 432.

mites déterminées, mais toujours dans les formes les plus économiques et les plus expéditives, les contestations qui résultent journellement des rapports du fabricant et de l'ouvrier, du maître et de l'apprenti (1). Les prud'hommes sont, pour ainsi dire, les juges de paix de l'industrie... A ces attributions judiciaires ils joignent des attributions d'une nature administrative : ainsi ils sont chargés de veiller à l'exécution des mesures conservatoires de la propriété des marques et dessins de fabrique, — de constater, sur les plaintes qui leur sont adressées, les contraventions à certaines lois et à certains règlements particuliers, — de délivrer aux chefs d'atelier les livres d'acquit, — d'inspecter les manufactures, de consigner dans un registre le nombre d'ouvriers qu'elles emploient, et de transmettre à l'autorité les renseignements qu'elle a intérêt à recueillir sur la situation industrielle du pays. Enfin les délits tendant à troubler l'ordre et la discipline de l'atelier, les manquements graves des apprentis envers leurs maîtres, sont aussi de leur ressort, et, comme juges de simple police, ils peuvent les punir de l'emprisonnement... »

Arrêtons-nous un instant sur la compétence des conseils de prud'hommes en matière civile. Les limites de cette compétence sont nettement tracées dans un arrêt de la Cour de cassation, du 18 mars 1846. Je reproduis, pour la plus grande partie, les idées contenues dans cet arrêt : « De l'art. 6 de la loi de 1806 il ré-« sulte que l'institution des prud'hommes a pour but de donner « des conciliateurs et des juges aux différends qui s'élèvent, soit « entre des fabricants et des ouvriers, soit entre des chefs d'atelier « et des compagnons ou apprentis. Ainsi cette juridiction excep-« tionnelle n'embrasse que les contestations qui naissent des « rapports respectifs des chefs et des subordonnés. Telle est l'au-« torité définie que le décret du 2 février 1808, qui a étendu à « la ville d'Avignon l'institution des prud'hommes, attribue au « conseil qu'il crée, puisqu'il se borne à se référer à la loi du

(1) Comp. l'art. 6 de la loi du 18 mars 1806.

« 18 mars, qui est organique en cette matière. L'art. 10 du dé-
« cret du 20 février 1810, et l'art. 1er du décret du 3 août
« même année, ne font que confirmer les limites de la juridic-
« tion, considérée quant aux qualités des personnes : ces textes
« n'étendent aucunement la compétence jusqu'aux contestations
« qui surviennent entre marchands-fabricants, chefs d'atelier,
« au sujet du loyer ou du travail d'ouvriers employés dans la
« branche d'industre qu'ils exploitent respectivement avec une
« complète indépendance l'un de l'autre. Si ces textes, plus dé-
« veloppés que le texte de l'art. 6 de la loi du 18 mars, con-
« tiennent une énumération de qualités professionnelles, ce
« n'est que dans le but de désigner avec plus de précision les
« personnes qui sont affectées de ces caractères respectifs de chef
« et de subordonné, que l'art. 6 a posés comme bases de la ju-
« ridiction des prud'hommes. »

Dans l'espèce sur laquelle est intervenu cet arrêt de la Cour de cassation, un fabricant R. réclamait d'un autre fabricant G. une somme de 71 fr. 20 c. comme lui étant due par une ouvrière qui, sortie de l'atelier de R., était entrée, neuf ans plus tard, dans l'atelier de G. D'après un jugement du tribunal de commerce d'Avignon, la demande de R. était de la compétence des prud'hommes. La Cour suprême casse ce jugement, après avoir constaté que les deux parties exerçaient la profession de fabricant, sans aucun rapport entre elles d'autorité, d'une part, et de subordination, de l'autre (1).

Voici une autre application de la même doctrine. Aux termes de la loi du 22 germinal an XI (art. 11 et 12), nul individu employant des ouvriers ne peut recevoir un apprenti sans *congé d'acquit*, sous peine de dommages-intérêts envers son maître; nul ne peut, sous la même peine, recevoir un ouvrier, s'il n'a un livret portant le certificat d'acquit de ses engagements, délivré par celui de chez qui il sort. Devant quel tribunal doit

(1) Dev.-Car., 46, 1, 334. — Le principe avait déjà été posé dans un arrêt de cassation, du 2 février 1825 (Sir., 25, 1, 403).

être portée l'action en dommages-intérêts mentionnée dans ces articles? Ce n'est point devant le conseil des prud'hommes; c'est devant le tribunal de commerce (1). — Au contraire, lorsqu'un apprenti ou un ouvrier veut actionner son maître qui lui refuse le certificat d'acquit de ses engagements, c'est devant le conseil des prud'hommes qu'il doit porter sa réclamation.

Enfin, lors même qu'il s'agit de contestations entre un fabricant et un ouvrier employé par lui, si le fabricant a traité à forfait et si l'ouvrier travaille à ses pièces, comme nous n'avons plus ici entre les deux parties les rapports d'un chef avec son subordonné, on peut soutenir et il a été jugé qu'il n'appartient jamais au conseil des prud'hommes, mais qu'il appartient au tribunal de commerce (du moins lorsque c'est l'ouvrier qui poursuit le fabricant), de connaître de la contestation (2).

— Le décret qui institue un conseil de prud'hommes dans une localité dénomme les industries pour lesquelles ce conseil est institué. Les contestations entre fabricants et ouvriers appartenant à d'autres industries demeurent absolument en dehors de la compétence du conseil : pour ces contestations, c'est exactement comme si dans la localité dont il s'agit il n'existait aucun conseil de prud'hommes. Quel est donc le tribunal qui en connaîtra? La question autrefois était très-débattue. Aujourd'hui elle est tranchée par la loi du 25 mai 1838, dont l'art. 5 s'exprime ainsi : « Les juges de paix connaissent, sans « appel, jusqu'à la valeur de cent francs, et, à charge d'appel, « à quelque valeur que la demande puisse s'élever :... 3° des « contestations relatives aux engagements respectifs... des maî- « tres et de leurs ouvriers ou apprentis, sans néanmoins qu'il « soit dérogé aux lois et règlements relatifs à la juridiction des « prud'hommes » (3).

(1) Ainsi jugé par la Cour de Rouen, le 13 décembre 1837.

(2) Voy. l'arrêt de la Cour de cassation du 12 décembre 1836 (Dev.-Car., 37, 1, 442).

(3) Voy. sur cette disposition les judicieuses observations de M. Orillard, *op. cit.*, n° 596.

Quant aux *prud'hommes pêcheurs*, leur compétence est toujours réglée par l'arrêt du Conseil du 16 mai 1728. Ils connaissent seuls de la police de la pêche; ils jugent souverainement les contraventions à ladite police, par quelques pêcheurs, soit français ou étrangers, qu'elles soient commises, et tous les différends qui peuvent naître à l'occasion de ladite profession, entre lesdits pêcheurs.

TITRE TROISIÈME.

DE LA FORME DE PROCÉDER DEVANT LES TRIBUNAUX DE COMMERCE (Ch. D.).

Il faut remarquer avant tout que cet intitulé n'est pas parfaitement exact. En effet, les règles particulières à la procédure en matière commerciale s'appliquent non-seulement lorsqu'on procède devant un tribunal de commerce, mais aussi lorsque, à défaut de tribunal de commerce dans l'arrondissement, on procède devant un tribunal civil. C'est un point que nous avons déjà constaté en expliquant les art. 640 et 641 (1).

Où allons-nous trouver ces règles particulières sur la procédure en matière commerciale? En principe, elles ne se trouvent point dans le Code de commerce : lorsque ce Code a été promulgué, elles avaient déjà été écrites dans le Code de procédure. Aussi l'art. 642 du Code de commerce est-il ainsi conçu : « La forme de « procéder devant les tribunaux de commerce sera suivie telle « qu'elle a été réglée par le Titre XXV du Livre II de la *pre-* « *mière partie* du Code de procédure civile » (2). Nous verrons, du reste, que le Code de commerce, tout en confirmant d'une manière générale les règles écrites au Code de procédure, y a néanmoins apporté une certaine dérogation.

Les règles de procédure que nous avons à étudier peuvent être divisées en trois classes, suivant qu'elles se rapportent : à la *demande*, à l'*instruction*, au *jugement*.

1° *Règles relatives à la demande.*

En matière commerciale, comme en matière civile, la demande est formée par un exploit d'ajournement; et l'art. 415

(1) Voy., ci-dessus, p. 296 et suiv.
(2) Ce Titre XXV comprend les art. 414-442.

ajoute : « suivant les formalités prescrites au Titre *Des ajourne-*
« *ments.* » Voyons quelles sont ces formalités prescrites au Titre *Des ajournements*, et recherchons si effectivement il est possible de les appliquer toutes en matière commerciale.

L'art. 61 du Code de procédure est ainsi conçu : « L'exploit « d'ajournement contiendra : 1° la date des jour, mois et an, « les noms, profession et domicile du demandeur, la constitu- « tion de l'avoué qui occupera pour lui, et chez lequel l'élec- « tion de domicile sera de droit, à moins d'une élection « contraire par le même exploit ; — 2° les noms, demeure et « immatricule de l'huissier, les noms et demeure du défendeur, « et mention de la personne à laquelle copie de l'exploit sera « laissée; — 3° l'objet de la demande, l'exposé sommaire des « moyens ; — 4° l'indication du tribunal qui doit connaître de « la demande, et du délai pour comparaître ; — le tout à peine « de nullité. » L'art. 65 ajoute qu'il sera donné, avec l'exploit, copie du procès-verbal de non-conciliation ou copie de la mention de non-comparution (1), à peine de nullité.

Tout d'abord il va sans difficulté que cette disposition de l'art. 65 n'a aucune application possible en matière commerciale. En effet, il est de principe que les *demandes en matière de commerce* sont dispensées du préliminaire de la conciliation (2).

Quant à l'art. 61, il renferme également, dans son n° 1, une disposition inapplicable en matière de commerce : la procédure se faisant ici sans le ministère d'avoués, il est clair que l'exploit d'ajournement ne doit pas contenir constitution d'avoué pour le demandeur. Du reste, comme nous le verrons (3), il n'est pas nécessaire qu'il contienne une élection de domicile de la part du demandeur.

Les n^os^ 2 et 3 de l'art. 61 sont parfaitement applicables en matière de commerce. Le n° 4 s'applique également ; néanmoins la disposition de ce n° 4 doit donner lieu, de notre part,

(1) Comp. les art. 54 et 58.
(2) Voy. l'art. 49 n° 4 du Code de procédure.
(3) En expliquant l'art. 422 du Code de procédure.

à des observations d'une assez grande importance. L'exploit d'ajournement, à peine de nullité, indique *le tribunal qui doit connaître de la demande* et *le délai pour comparaître*. Or, quel est le tribunal compétent *ratione personæ*, et quel est le délai pour comparaître? Sur ces deux points, nous allons voir qu'il existe en matière commerciale des règles particulières, autres que celles qui existent en matière civile.

I. *Du délai pour comparaître.* — En matière civile, quel est le délai? Aux termes de l'art. 72 du Code de procédure, « le délai « ordinaire des ajournements, pour ceux qui sont domiciliés « en France, sera de huitaine. Dans les cas qui requerront célé- « rité, le président pourra, par ordonnance rendue sur requête, « permettre d'assigner à bref délai. » En matière commerciale, le délai ordinaire est beaucoup plus court : « Le délai, dit l'art. 416, sera au moins d'un jour. » Ainsi l'assignation est régulièrement donnée le lundi pour comparaître le mercredi suivant. L'art. 417 ajoute que, dans les cas qui requerront célérité, le président du tribunal pourra permettre d'assigner même de jour à jour et d'heure à heure (1). En matière maritime, il peut même arriver qu'il n'y ait pas besoin d'une permission spéciale du président. Voici, en effet, ce que dit l'article 418 : « Dans les affaires maritimes où il existe des parties « non domiciliées, et dans celles où il s'agit d'agrès, victuailles, « équipages et radoubs de vaisseaux prêts à mettre à la voile, « et autres matières urgentes et provisoires, l'assignation de « jour à jour ou d'heure à heure pourra être donnée sans « ordonnance, et le défaut pourra être jugé sur-le-champ » (2).

(1) Bien plus, il peut permettre dès à présent de saisir les effets mobiliers (même art. 417). Il va de soi, du reste, que ce n'est qu'une saisie conservatoire.

(2) L'art. 419 déroge au droit commun, sous un autre rapport. Le principe est que tout exploit doit être fait à personne ou à domicile (C. de pr., art. 68). Aux termes de l'art. 419, « toutes assignations données à bord à « la personne assignée seront valables. » L'Ordonnance de 1681 avait un article ainsi conçu : « Tous exploits donnés aux maîtres et mariniers dans « le vaisseau, pendant le voyage, seront valables, comme s'ils étaient faits

II. *Du tribunal compétent.* — Nous avons étudié, en expliquant le Titre II, ce qui concerne la compétence *ratione materiæ*. Nous avons maintenant à nous occuper de la compétence *ratione personæ*. Une affaire devant être portée devant un tribunal de commerce, quel est, parmi tous les tribunaux de commerce, celui qui dans l'espèce se trouvera compétent ?

Quand il s'agit d'une affaire civile, en matière personnelle (et même en matière réelle mobilière), le principe est que le tribunal compétent est le tribunal du domicile du défendeur. Quand il s'agit d'une affaire commerciale, le principe est différent, on laisse en général bien plus de latitude au demandeur : « Le demandeur, dit l'art. 420, pourra assigner, à son choix, « devant le tribunal du domicile du défendeur, devant celui « dans l'arrondissement duquel la promesse a été faite et la « marchandise livrée, devant celui dans l'arrondissement du- « quel le paiement devait être effectué. »

A la simple lecture de cet art. 420, on voit qu'il n'est pas applicable dans tous les cas possibles. Il arrivera souvent qu'une affaire commerciale ne pourra être portée, conformément à la règle du droit civil, que devant un seul tribunal, devant le tribunal du domicile du défendeur. Ainsi, un banquier de Paris est en compte courant avec un négociant du Havre : celui-ci se trouvant reliquataire et ne payant pas à l'époque convenue, c'est devant le tribunal du Havre que le banquier de Paris devra le poursuivre. Où la disposition de l'article 420 peut s'appliquer dans toute son étendue, c'est en matière de vente. Un négociant de Paris achète des vins et se les fait livrer dans l'arrondissement de Bordeaux; il doit payer, dans trois mois, à Angoulême : le vendeur, non payé à l'échéance,

« à leur domicile » (Liv. I, Tit. XI, art. 1er). La disposition de notre art. 419 est plus large, en ce sens qu'elle s'applique à toute personne embarquée sur un navire. Du reste, elle ne signifie pas que l'exploit doit être fait à bord *à la personne même ;* elle signifie que l'exploit fait à bord est réputé fait au domicile de la personne (Voy. notamment M. Bédarride, *op. cit.*, n° 459).

pourra porter son action, à son choix, devant le tribunal de la Seine, ou devant le tribunal de Bordeaux, ou devant le tribunal d'Angoulême.

La disposition de l'art. 420 n'est point une innovation du législateur moderne. L'Ordonnance de 1673 disait déjà (Tit. xii, art. 17) : « Dans les matières attribuées aux juge et consuls, le « créancier pourra faire donner l'assignation, à son choix, ou « au lieu du domicile du débiteur, ou au lieu auquel la pro- « messe a été faite et la marchandise fournie, ou au lieu « auquel le paiement doit être fait » (1).

Les tribunaux ont eu bien souvent à interpréter cet art. 420. Nous allons étudier les principales questions auxquelles il a donné lieu.

D'après l'article de l'Ordonnance, comme d'après l'article du Code de procédure, la demande peut être portée devant le tribunal *du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée.* Pour que le tribunal soit compétent, il faut que ces deux faits, d'une part *la promesse* et d'autre part *la livraison de la marchandise*, se soient accomplis dans son ressort. Si la promesse avait été faite dans un arrondissement, et la marchandise livrée dans un autre, ni le tribunal de l'arrondissement où la promesse a été faite, ni le tribunal de l'arrondissement où la marchandise a été livrée, ne seraient compétents. Voici comment Jousse explique l'article de l'Ordonnance : « Le lieu où la promesse a été « faite et la marchandise fournie étant le lieu où le débiteur a « contracté, il est juste qu'il puisse y être assigné, ce qui est « conforme à la disposition de droit en la loi *Si longius*, § fin., « D., *De judiciis*. — Au reste, la conjonction *et*, qui est ici ap- « posée, fait voir qu'il faut l'une et l'autre de ces conditions, « c'est-à-dire que la promesse ait été faite et la marchandise « fournie dans le lieu : car, si la promesse a été faite en un

(1) Déjà l'Edit du 6 août 1349, portant création des gardes des foires de Champagne et de Brie, leur attribue la connaissance *des cas et contrats advenus ès-dites foires*. Ainsi la compétence est déterminée par le *locus contractûs*.

« lieu et la marchandise fournie en un autre, alors on ne pour-
« rait faire assigner le débiteur au lieu où la promesse a été
« faite ou au lieu où la marchandise a été fournie; mais il faut
« nécessairement que ces deux choses concourent. » Sous l'empire du Code de procédure, la jurisprudence est constante en ce sens. La Cour suprême, dans un arrêt de cassation, du 31 août 1852, s'exprime ainsi : « La promesse ne pouvant être réputée
« avoir été faite dans l'arrondissement de Béziers, il devient
« inutile de rechercher si la livraison a eu lieu dans cet arron-
« dissement. En effet, pour soustraire le défendeur à la juridic-
« tion de son domicile, l'art. 420, quand le paiement ne doit
« pas être effectué dans un lieu qui détermine la compétence,
« exige le concours de deux circonstances, c'est-à-dire que le
« tribunal saisi par le demandeur soit à la fois celui dans l'ar-
« rondissement duquel sa promesse a été faite et celui dans
« lequel la marchandise a été livrée. Ainsi il suffisait que la
« promesse n'eût pas été faite dans son arrondissement pour
« que le tribunal de Béziers dût se déclarer incompétent... » (1).

Ce n'est pas seulement le vendeur qui, réclamant le paiement du prix, peut poursuivre l'acheteur devant le tribunal du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée : ce même tribunal sera compétent pour connaître de la demande de l'acheteur, si l'acheteur a quelque réclamation à former au sujet de la vente, si par exemple il demande la résiliation pour vices rédhibitoires. — Il n'est même pas nécessaire que le contrat qui donne lieu à l'action soit un contrat de vente. Ainsi la Cour de cassation a jugé, avec raison, que, lorsqu'une compagnie de chemin de fer s'est chargée de transporter des marchandises, l'action en réduction de prix intentée par l'expéditeur est régulièrement portée devant le tribunal du lieu où les marchandises ont été remises aux agents de la compagnie (2).

L'art. 420 *in fine* permet au demandeur de porter son action

(1) Dev.-Car., 53, 1, 177.
(2) Arrêt du 29 avril 1856 (Dev.-Car., 56, 1, 579).

devant le tribunal du lieu où le paiement devait être effectué. Que devons-nous précisément entendre par ce *lieu où le paiement devait être effectué*, lorsqu'il est convenu que le débiteur remettra au créancier dans une certain lieu des effets payables dans un autre lieu ? Il est généralement admis qu'en cas semblable le *lieu de paiement* n'est pas celui où les effets sont remis, mais celui où les effets sont payables, attendu que les billets ne sont reçus que sauf encaissement, et que c'est l'encaissement qui, à vrai dire, constitue le paiement. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens (1).

Il va de soi que l'art. 420 *in fine*, qui donne compétence au tribunal du lieu où le paiement devait être effectué, ne s'applique pas uniquement au cas où il s'agit pour un acheteur de payer son prix. Cette disposition a une portée très-générale. Ainsi, on a jugé que l'employé d'une compagnie de chemin de fer peut poursuivre la compagnie en paiement de dommages-intérêts pour congé donné mal à propos, devant le tribunal du lieu où il remplissait ses fonctions et où il devait toucher ses appointements (2); on a jugé, de même, qu'un courtier maritime agit régulièrement en paiement de ses débours et honoraires devant le tribunal de sa résidence, « attendu qu'il est d'usage général « dans le commerce, qu'il est d'ailleurs dans la nature même « des choses et conforme aux nécessités de leur profession, « que les courtiers maritimes soient payés au lieu où ils exer- « cent leur ministère et où ils reçoivent et accomplissent leur « mandat.... » (3). — On est allé encore plus loin. On a jugé

(1) Arrêt du 16 juin 1856 (Dev.-Car., 56, 1, 597).

(2) Arrêt de la Cour de cassation, du 13 mai 1857 (Dev.-Car., 57, 1, 669). Comp. l'arrêt de la même Cour, du 7 mars 1860 (Dev.-Car., 60, 1, 807).

(3) Arrêt de la Cour de Bordeaux, du 11 mai 1864 (Dev.-Car., 64, 2, 245). Je dois ajouter que la Cour de cassation paraît avoir abandonné en 1862 le principe dont elle avait si bien fait l'application en 1857 et en 1860. Une compagnie d'assurances, établie à Paris, avait constitué pour être ses agents dans les provinces liguriennes deux négociants de Gênes; révoqués de leurs fonctions, ceux-ci actionnent en dommages-intérêts, devant le tribunal de commerce de Gênes, le directeur de la compagnie, et deux jugements par défaut leur allouent une somme de 25,000 livres. Il s'agis-

que le voyageur qui, en cas de perte des effets qui l'accompagnent, réclame une indemnité à la compagnie du chemin de fer, peut soumettre sa demande au tribunal du lieu vers lequel il se dirigeait, « comme étant le tribunal du lieu du paiement, « du lieu où ses effets devaient lui être rendus » (1).

L'art. 420 du Code de procédure constitue une dérogation au droit commun, une faveur exceptionnelle accordée au demandeur en matière commerciale : la conséquence est que cet article doit être appliqué avec réserve et uniquement dans les cas prévus par le texte. D'après cela, lorsqu'un commerçant actionne son préposé en règlement de compte, peut-il l'actionner devant son tribunal à lui demandeur, par le motif que le préposé devait faire parvenir au domicile du préposant les sommes qu'il touchait en sa qualité de préposé ? La question s'est plusieurs fois présentée dans la pratique; elle a même été portée devant la Cour de cassation, dans les circonstances suivantes : Une compagnie d'assurances, établie à Dijon, avait un agent principal à Toulouse; en 1859, la compagnie retire à cet agent le mandat qu'elle lui avait confié, et l'assigne en reddition de compte devant le tribunal de commerce de Dijon, comme étant compétent à raison du paiement qui devait être fait à Dijon. Sur le déclinatoire opposé par le défendeur, le tribunal de Dijon

sait alors de faire déclarer ces deux jugements exécutoires en France : la Cour de Paris ayant repoussé la demande formée devant elle à cet effet, le pourvoi en cassation a été rejeté par un arrêt du 18 février 1862, fondé notamment sur ce que « l'art. 420 du Code de procédure n'est pas appli- « cable à la cause, puisqu'il ne s'agit ni de vente ni de livraison ni de paie- « ment de marchandises, mais de l'exécution d'un mandat qui rentrait « dans les dispositions générales de la loi » (Dev-Car , 62, 1, 427). M. Bédarride, *op. cit.*, n° 169 *bis*, prétend justifier cette décision, en faisant remarquer que l'action avait pour objet, non l'exécution même du contrat, mais la réparation d'un fait dommageable. Cette distinction ne me paraît pas bien solide, et la Cour de cassation n'en tenait aucun compte dans son arrêt de 1857. En tout cas, le *considérant* de l'arrêt de 1862, qui vient d'être rapporté, outre que je le crois faux en lui-même, est certainement contraire à la doctrine admise jusqu'alors par la Cour de cassation.

(1) Voy. notamment l'arrêt de la Cour de Poitiers, du 12 février 1861 (Dev.-Car., 61, 2, 332).

se déclare effectivement compétent, et par des motifs qui ne sont pas sans valeur : « L'art. 420, dit le tribunal, attribue « juridiction au tribunal dans l'arrondissement duquel le paie- « ment doit être effectué. Dans le contrat qui intervient entre « le commerçant et son agent, employé ou commis, il est tou- « jours sous-entendu, par la force des choses, que c'est dans « le lieu du domicile du maître que le paiement des sommes « dont l'agent peut se trouver débiteur doit être effectué. Il « est bien évident que c'est également à ce domicile que le « compte de gestion doit être rendu. Il serait étrange que la « maison qui emploie des agents ou commis fût obligée, pour « obtenir règlement de compte et paiement des sommes qui « pourraient lui être dues par ces derniers, de les poursuivre « partout où il leur plairait de transporter leur domicile, et de « déplacer, le cas échéant, les livres de la maison nécessaires au « règlement desdits comptes et dont elle a journellement un « besoin indispensable. Une telle interprétation est manifeste- « ment contraire au texte et à l'esprit de la loi, ainsi qu'à l'in- « tention des parties... » Ce jugement a été infirmé par un arrêt de la Cour de Dijon; et la Chambre des requêtes a rejeté le pourvoi, le 18 juin 1861, « attendu qu'il s'agissait, « dans la cause, d'une demande en règlement et en paie- « ment d'un compte sur les éléments duquel les parties n'é- « taient pas d'accord; que dès lors il ne pouvait y avoir lieu « à l'application de l'art. 420, qui suppose une promesse « faite, une marchandise livrée ou un paiement à effec- « tuer » (1).

Si l'art. 420 est inapplicable lorsqu'il est douteux qu'il y ait un paiement à effectuer, à plus forte raison ne devrons-nous pas l'appliquer lorsqu'il y aura contestation sérieuse sur l'existence même du marché ou du contrat allégué par le demandeur. C'est ce que la Cour de cassation a plusieurs fois décidé. Elle l'a décidé dans une espèce où le demandeur prétendait

(1) Dev.-Car., 61, 1, 767.

avoir acheté des marchandises du défendeur par le ministère du commis de celui-ci, et où le défendeur prétendait, de son côté, que son commis n'avait pas pouvoir à l'effet de conclure la vente en question : « L'art. 420, dit la Cour, en dérogeant à « la règle générale, par l'autorisation d'assigner le défendeur « soit devant le tribunal dans l'arrondissement duquel la pro- « messe a été faite et la marchandise livrée, soit devant le tri- « bunal dans l'arrondissement duquel le paiement devait être « effectué, l'art. 420 suppose nécessairement que l'existence « de la promesse n'est pas sérieusement contestée. Les conclu- « sions des parties présentaient, avant toute exécution de la « convention alléguée, la question de savoir s'il y avait eu « promesse de vente valablement faite à L. au nom et pour le « compte de D. et G. par le commis de ceux-ci, et si L. pou- « vait exiger la livraison de la marchandise qu'il prétendait « lui avoir été vendue. En se saisissant de la connaissance du « fond pour arriver à statuer sur la compétence, alors que le « fond était l'objet du litige, la Cour impériale de Pau a « faussement appliqué l'art. 420... » (1). A propos d'une espèce identique, la Cour de cassation, dans son arrêt du 24 décembre 1861, ajoute ce qui suit : « La compétence de l'art. 420 « suppose un marché prouvé ou avoué. Mais, de même qu'il « ne suffirait pas au demandeur d'alléguer un pareil marché « pour saisir la juridiction exceptionnelle de l'art. 420, de « même aussi il ne suffirait pas au défendeur, pour échapper « à cette juridiction, de contester d'une manière quelconque « une convention dont la preuve serait apportée. Il y a lieu « pour les tribunaux d'examiner si la contestation est sérieuse « ou si elle ne cache qu'un moyen détourné employé pour « soustraire une partie à ses juges naturels : par cette appré- « ciation, le tribunal saisi ne juge pas le fond, mais motive sa « compétence... » (2). Même décision, toujours à propos d'une

(1) Dev.-Car., 60, 1, 314.

(2) Dev.-Car., 62, 1, 312. — Comp. l'arrêt du 29 janvier 1862 (Dev.-Car., 62, 1, 684).

promesse de vente faite par un commis voyageur, dans un arrêt de cassation du 15 juillet 1862 (1). — Enfin la question s'est présentée, en 1864, dans des circonstances assez curieuses. B.-W., négociant à Arras, avait chargé H., facteur à la Halle aux grains et farines de Paris, d'acheter pour son compte tant de sacs de farines; B.-W. étant en retard de prendre livraison, H. revend les farines avec perte; pour être rempli de la différence, il assigne B.-W. devant le tribunal de commerce de Paris, lieu où, d'après la convention, le paiement devait être effectué. Devant le tribunal, B.-W. oppose qu'il n'y a pas eu vente commerciale, mais simple jeu sur la hausse et la baisse; il est condamné. Sur l'appel, arrêt confirmatif. Et, le 13 juillet 1864, la Chambre des requêtes rejette le pourvoi : « Attendu que B.-W. ne niait point l'existence de « la convention...; que, pour contester la compétence du tribu- « nal de commerce, il excipait de la nature de la convention, « et que, dès lors, le tribunal était obligé, pour apprécier le « mérite de cette exception, de rechercher quel avait été le vé- « ritable objet de la convention... » (2). Ainsi, suivant la Cour de cassation, quand le défendeur conteste sérieusement l'existence même de la convention, l'art. 420 se trouve inapplicable; mais il en est autrement quand il conteste, même sérieusement, la nature commerciale de la convention. J'avoue que j'ai quelque peine à comprendre sur quoi repose la distinction admise par la Cour suprême.

Il est encore aujourd'hui de jurisprudence que les tribunaux français sont incompétents pour connaître, entre étrangers, des actions personnelles et mobilières en matière civile, lors même qu'il s'agirait d'engagements contractés en France. Au contraire, en matière commerciale, la jurisprudence admet qu'il y a lieu d'appliquer l'art. 420 du Code de procédure, entre deux étrangers comme entre deux Français ou entre un

(1) Dev.-Car., 62, 1, 1034.
(2) Dev.-Car., 64, 1, 413.

Français et un étranger (1) : « On oppose sur ce point, dit la « Cour de Paris, que les tribunaux français ne doivent la jus- « tice qu'aux nationaux et ne peuvent être saisis de difficultés « nées entre deux étrangers. Cela est incontestablement vrai « pour les actions ordinaires ; mais les exigences commerciales « ont de tout temps fait introduire exception pour les affaires « de commerce : il est difficile d'admettre que deux étrangers, « appelés par leur négoce sur le territoire de l'Empire, n'y « puissent trouver aucune justice pour l'exécution de leur « transaction et soient obligés de recourir à la force matérielle « pour la réalisation de leurs engagements... Il faut recon- « naître que l'art. 420 constitue un privilége au profit du « commerce, privilége qui doit être étendu à toutes les trans- « actions commerciales quels que soient les contractants » (2). — Le système qui consiste à distinguer ainsi entre les contestations civiles et les contestations commerciales est-il bien juridique ? Il est permis d'en douter. « Rien de mieux sans doute, « dit M. Massé, que de considérer les contrats commerciaux « comme appartenant au droit des gens ; mais rien de moins « logique, quand on refuse le même caractère aux mêmes con- « trats employés dans un but purement civil. Il est vrai que la « jurisprudence spéciale aux matières commerciales se fonde « sur ce que l'art. 420 du Code de procédure aurait introduit « dans les règles ordinaires de la compétence une exception « applicable aux contestations entre étrangers comme aux « contestations dans lesquelles des Français sont intéressés. « Mais, en y regardant de près, on voit que cet article ne peut « être d'aucun secours aux étrangers. Le Code de procédure « est une loi particulière aux nationaux ou à ceux qui leur « sont assimilés, destinée à régir les contestations que leur na- « ture ou un texte spécial attribue aux tribunaux français, à

(1) Voy. l'édition que j'ai donnée de Fœlix, *Droit international privé* (1856), t. I, n° 156.

(2) Arrêt du 7 mai 1861. Le pourvoi formé contre cet arrêt a été rejeté ar la Chambre civile, le 9 mars 1863 (Dev.-Car., 63, 1, 225).

« déterminer la compétence respective des différents tribu-
« naux dont le ressort se partage le territoire, mais nullement
« à établir des règles de compétence internationale... » (1).

— La disposition de notre art. 420 reçoit exception en matière de faillite. De même que l'art. 635 du Code de commerce détermine la compétence *ratione materiæ*, de même l'art. 59 n° 7 du Code de procédure détermine la compétence *ratione personæ* : le tribunal compétent en matière de faillite, c'est le tribunal de commerce du domicile du failli, ou, en d'autres termes, le tribunal qui a rendu le jugement déclaratif de faillite. — Mais que faut-il supposer pour qu'il y ait lieu d'admettre cette compétence particulière? Ici plusieurs cas doivent être distingués avec soin.

D'abord, toutes les fois qu'il s'agit d'une action à diriger contre le failli ou contre les syndics, nous pouvons sans difficulté dire d'une manière générale que le tribunal compétent est le tribunal du domicile du failli. Nous excepterons, bien entendu, le cas d'une action réelle immobilière, action qui doit être portée devant le tribunal de la situation de l'immeuble litigieux ; et encore, lorsque l'action réelle immobilière soulève la question de savoir s'il n'y a pas lieu d'appliquer les art. 446 et 447, c'est au tribunal de la faillite qu'elle devrait être soumise. De même, l'action mixte, pour le cas où les art. 446 et 447 ne sont pas engagés dans le débat, pourrait, s'il plaisait au demandeur, être portée devant le tribunal de la situation de l'immeuble (2). — En ce qui concerne l'action personnelle intentée par un tiers, on a quelquefois prétendu que l'art. 420, et non l'art. 59 n° 7, était applicable si l'action avait une origine antérieure à la faillite, ou, en d'autres termes, que la faillite du débiteur n'enlève pas au créancier le droit de saisir le tribunal qui était compétent lorsque cette faillite a éclaté. Comme le remarque très-bien M. Renouard (*loc. cit.*), cette doctrine

(1) *Op. cit.*, t. I, n° 658.

(2) Comp. M. Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes*, 3e édition, t. II, p. 526.

aboutirait à effacer presque entièrement l'art. 59 n° 7 et à le paralyser dans ses applications les plus fréquentes. « Ne voit-« on pas, ajoute-t-il, que, si chacun des créanciers dont la « réunion compose la masse peut, en vertu d'un droit anté-« rieur, et pour se soustraire à la gêne d'exercer son action au « siége de la faillite, porter ailleurs le jugement de ses préten-« tions, on perd le bénéfice de concentration et d'unité, objet des « sollicitudes de la loi? »

Les véritables principes ont été consacrés par la Cour de cassation, dans l'espèce suivante : Un sieur H. avait été déclaré en faillite par le tribunal de commerce de la Seine. Un sieur C., négociant à Valenciennes, prétendant être créancier de H. et avoir reçu en nantissement des actions d'une société établie dans l'arrondissement de Valenciennes, assigne devant le tribunal de cette ville le syndic de la faillite et la veuve du sieur H., pour voir ordonner la vente aux enchères publiques des actions reçues en gage, conformément à la clause contenue dans l'acte de nantissement. Sur le déclinatoire du syndic, le tribunal de Valenciennes se déclare compétent. Le syndic ayant formé devant la Cour de cassation une demande en règlement de juges, tendant à l'annulation du jugement rendu par le tribunal de Valenciennes, cette annulation est effectivement prononcée : « Aux « termes de l'art. 59 n° 7 du Code de procédure, dit la Cour, « le défendeur, en matière de faillite, doit être cité devant le « tribunal du lieu de la faillite ; il n'importe, d'ailleurs, que par « une stipulation antérieure les parties aient fait choix d'un « autre lieu pour l'exécution de leur convention... La question « est essentiellement de savoir si la contestation se rapporte à « la faillite. Avant de faire reconnaître le privilége qu'il pré-« tend avoir sur les valeurs remises entre ses mains et de de-« mander la vente du gage, C. devait nécessairement éta-« blir qu'il était créancier, puisque tout droit de privilége « est subordonné au fait d'une créance légitime ; or, le fait de la « créance prétendue ne pouvait être vérifié ailleurs que devant « le tribunal du lieu de l'ouverture de la faillite, contradictoi-

« rement avec le syndic et sous la surveillance du juge-com-« missaire... »(1).

Si maintenant nous supposons une action exercée contre un tiers, au nom de la masse de la faillite, alors il faudra distinguer si les faits qui donnent lieu à l'action se rattachent à la faillite, ou si au contraire il s'agit de faits antérieurs et étrangers à cette faillite : dans ce dernier cas, le tribunal qui devait être compétent aux termes du droit commun ou aux termes de l'art. 420 du Code de procédure, ne va pas cesser de l'être par cela seul que le créancier est déclaré en faillite. La distinction dont il s'agit a été méconnue par certains auteurs; elle est parfaitement rationnelle, et la Cour de cassation l'a plusieurs fois consacrée (2). J'indiquerai seulement quelques cas, à titre d'exemples :

L'action en rapport, exercée, conformément à l'art. 447, contre un créancier qui a reçu depuis la cessation des paiements du débiteur tout ou partie de sa créance, cette action se rattache étroitement à la faillite : car, sans la déclaration de faillite, il ne pourrait même pas en être question. Elle devra donc être portée devant le tribunal de la faillite, et non pas devant le tribunal du domicile du défendeur (3).

Lorsque le syndic d'une faillite actionne un tiers en restitution de marchandises que ce tiers aurait détournées plus de dix jours avant la cessation des paiements, évidemment cette action n'a pas sa raison d'être dans la déclaration de faillite : l'individu dont les marchandises ont été détournées n'eût-il jamais été déclaré en faillite, l'action dont il s'agit n'en eût pas moins existé; seulement, elle n'aurait pas été exercée par le syndic. Comme le dit la Cour de cassation, « les seuls faits qui forment la ma-

(1) Arrêt de la Chambre des requêtes, du 15 juillet 1862 (Dev.-Car., 62, 1, 933).

(2) Voy. les nombreux arrêts cités par M. Renouard (*op. cit.*, t. II, p. 527 et suiv.). Plusieurs de ces arrêts ont été rendus sur le rapport du savant magistrat.

(3) En ce sens, voy. notamment l'arrêt de la Cour de Besançon, du 28 mars 1855 (Dev.-Car., 55, 2, 398).

« tière de la faillite et qui sont soumis aux règles qui lui son « particulières sont ceux qui sont postérieurs à l'ouverture de « la faillite et aux dix jours qui l'ont précédée ; les faits qui sont « antérieurs aux dix jours qui ont précédé l'époque fixée pour « l'ouverture de la faillite restent en dehors des lois qui la ré- « gissent, et les actions qui résultent de ces faits sont soumises « au droit commun. » En conséquence, le syndic devra porter son action devant le tribunal du domicile du défendeur (1).

Nous avons vu que le dessaisissement qui résulte du jugement déclaratif de la faillite ne rend pas le failli incapable de contracter ; seulement, le syndic peut toujours, dans l'intérêt de la masse, demander la nullité des actes ainsi faits par le failli. Devant quel tribunal devra être portée cette action en nullité? Elle tend à l'annulation, dans l'intérêt des créanciers de la faillite, des actes intervenus entre le failli et le défendeur ; elle dérive ainsi de l'état de faillite : par conséquent, c'est le tribunal de commerce du domicile du failli qui est compétent pour en connaître (2).

2° *Règles relatives à l'instruction.*

Nous savons déjà qu'en matière commerciale la procédure se fait sans le ministère d'avoués ; nous savons aussi que les parties sont tenues de comparaître en personne ou par le ministère d'un fondé de procuration spéciale (C. de pr., art. 414 et 421). Ce sont des points qui ont été expliqués à propos de l'art. 627 du Code de commerce (3), et sur lesquels nous n'avons pas à revenir.

En matière civile ordinaire, l'exploit d'ajournement contient toujours, explicitement ou implicitement, l'élection d'un do-

(1) Arrêt de la Chambre des requêtes, du 9 mars 1858 (Dev.-Car., 58, 1, 648).

(2) Arrêt de la Chambre civile du 12 janvier 1864 (Dev.-Car., 64, 1, 17). J'ai déjà cité cet arrêt, ci-dessus, p. 400.

(3) Ci-dessus, p. 271 et suiv.

micile pour le demandeur. Il n'y a rien de semblable en matière de commerce : les deux plaideurs peuvent venir à l'audience sans qu'il y ait eu de leur part, bien qu'ils ne soient point domiciliés dans le lieu où siége le tribunal, aucune élection de domicile ; et, quand ils ont chargé de plaider pour eux un avoué, un avocat, un agréé, ils ne sont point censés avoir élu domicile chez la personne à qui est ainsi confié le soin de les défendre. Le procès pourra même se terminer sans qu'il y ait eu besoin d'aucune élection de domicile. « Si les parties « comparaissent, dit l'art. 422, et qu'à la première audience il « n'intervienne pas jugement définitif, les parties non domici- « liées dans le lieu où siége le tribunal seront tenues d'y faire « l'élection d'un domicile. L'élection de domicile doit être men- « tionnée sur le plumitif de l'audience ; à défaut de cette élec- « tion, toute signification, même celle du jugement définitif, « sera faite valablement au greffe du tribunal. » Ainsi, l'affaire n'étant pas définitivement jugée à la première audience, la partie qui n'a pas fait élection de domicile en présence du tribunal, ou même celle de qui l'élection n'a pas été mentionnée sur le plumitif, est considérée comme ayant son domicile au greffe : toutes significations lui seront valablement faites au greffe. De cette disposition il résulte que non-seulement l'élection de domicile dans l'exploit d'ajournement n'est pas nécessaire, mais que même elle n'est pas utile : si l'exploit d'ajournement contient l'élection d'un domicile pour le demandeur, mais que cette élection ne soit pas mentionnée sur le plumitif, elle sera tenue pour non avenue, et le défendeur fera valablement ses significations au greffe. C'est du moins ce que décident la Cour de cassation (1) et la plupart des auteurs (2).

(1) Arrêt de la Chambre civile, du 25 mars 1862 (Dev.-Car., 62, 1, 607).

(2) M. Orillard enseigne cependant l'opinion contraire (*op. cit.*, n° 715). Il remarque que ce sont seulement les parties *non domiciliées* dans le lieu où siége le tribunal qui sont tenues d'y faire l'élection d'un domicile ; et il en conclut que les parties qui ont élu un domicile dans ce lieu, soit par la convention, soit par l'ajournement, sont dispensées de faire une nouvelle élection de domicile en vertu de l'art. 422.

L'art. 422 parle des *parties* en général : il ne s'applique donc pas seulement aux deux parties originaires, mais encore à une partie qui surviendrait après coup dans l'instance. Ainsi la Cour de cassation a jugé que, le défendeur originaire ayant appelé un tiers en garantie, ce tiers ayant comparu devant le tribunal et n'ayant pas fait élection de domicile conformément à notre article, le demandeur originaire lui avait valablement signifié au greffe de nouvelles conclusions (1).

— Aux termes de l'art. 423, « les étrangers demandeurs ne « peuvent être obligés, en matière de commerce, à fournir une « caution de payer les frais et dommages-intérêts auxquels ils « pourront être condamnés, même lorsque la demande est por- « tée devant un tribunal civil dans les lieux où il n'y a pas de « tribunal de commerce. » Cette dispense accordée à l'étranger demandeur de fournir la caution dite *judicatum solvi* résultait déjà de l'art. 16 du Code Napoléon. Elle s'explique par la faveur due au commerce, par le désir du législateur d'encourager les commerçants étrangers à traiter avec les Français en supprimant tout ce qui tend à prolonger les procès. Pour que le défendeur soit ainsi privé du droit d'exiger la caution, il n'est pas nécessaire que l'acte qui donne lieu au procès ait le caractère commercial pour les deux parties; il suffit qu'il l'ait du côté du défendeur : en effet, par cela seul, nous sommes réellement *en matière de commerce*, soit au point de vue de la compétence, soit au point de vue de la procédure. — Pour se conformer à l'esprit de la loi, il faut dire que, si, à l'occasion du procès suivi devant le tribunal de commerce, l'étranger demandeur se trouve dans le cas d'aller plaider incidemment, toujours comme demandeur, devant un tribunal civil, par exemple afin d'y faire procéder à une vérification d'écriture, il jouira devant cette nouvelle juridiction de la même dispense qui lui est accordée eu égard au caractère de sa demande principale.

— Si le défendeur en matière de commerce ne peut pas exi-

(1) Arrêt de la Chambre des requêtes, du 12 décembre 1855 (Dev.-Car., 56, 1, 880).

ger, sous forme d'exception, qu'une caution lui soit fournie par son adversaire étranger, d'autres exceptions peuvent, suivant les cas, être invoquées par ce défendeur. Les art. 424 et 425 s'occupent spécialement de l'exception qu'on appelle *déclinatoire*.

Aux termes de l'art. 424, « si le tribunal est incompétent à « raison de la matière, il renverra les parties, encore que le « déclinatoire n'ait pas été proposé. Le déclinatoire pour toute « autre cause ne pourra être proposé que préalablement à toute « autre défense. » Il résulte clairement de cet article que les principes généraux sur la distinction entre l'incompétence *ratione materiæ* et l'incompétence *ratione personæ* doivent être observés par les tribunaux de commerce comme par les tribunaux civils. Une affaire civile ou administrative a-t-elle été portée devant un tribunal de commerce : les parties pourront, en tout état de cause, soulever la question d'incompétence, et le tribunal lui-même devra d'office se déclarer incompétent (1). Au contraire, une affaire qui devait être portée devant le tribunal de commerce de Rouen a-t-elle été portée devant le tribunal de commerce de la Seine : ce dernier tribunal ne se déclarera incompétent qu'autant que le défendeur aura proposé le déclinatoire préalablement à toutes autres exceptions et défenses (2). Voilà ce que contient incontestablement notre art. 424. Il contient encore une autre proposition, à savoir, que le cas de litispendance et le cas de connexité doivent être traités comme le cas d'incompétence *ratione personæ*. En effet, l'article, après avoir supposé que le tribunal est incompétent à raison de la matière, dit que le déclinatoire pour toute autre cause ne pourra être proposé que *in limine litis ;* or, ces expressions ne comprennent pas seulement le cas d'incompétence *ratione personæ*, elles comprennent aussi le cas de litispendance et le cas de connexité (3).

(1) Conformément à la règle de droit commun, posée dans l'art. 170.

(2) Conformément à la règle de droit commun, posée dans les art. 168 et 169.

(3) Comp. Boitard, *Leçons de procédure*, t. I, n° 652. — Je suis disposé à croire que, même en matière civile ordinaire, les cas de litispendance et

L'art. 425 est ainsi conçu : « Le même jugement pourra, en « rejetant le déclinatoire, statuer sur le fond, mais par deux « dispositions distinctes, l'une sur la compétence, l'autre sur « le fond ; les dispositions sur la compétence pourront toujours « être attaquées par la voie de l'appel. » Ici il paraît bien y avoir dérogation au droit commun : de droit commun, comme nous le voyons dans l'art. 172, toute demande en renvoi est jugée sommairement et ne peut être réservée ni jointe au principal (1). Ce qui est certain, c'est qu'en matière commerciale le défendeur qui propose un déclinatoire peut plaider sur le fond avant que le tribunal n'ait statué sur le déclinatoire ; c'est ainsi que le tribunal peut, par un seul et même jugement, rejeter le déclinatoire et statuer sur le fond. Seulement, la loi invite le tribunal à bien séparer, à bien distinguer, dans son jugement, la disposition relative au déclinatoire et la disposition relative au fond : alors, conformément à la règle qui veut que l'appel soit toujours recevable quand il s'agit d'incompétence (2), le défendeur pourra n'interjeter appel que de la disposition relative au déclinatoire; il va de soi, du reste, que, si cette disposition est infirmée en appel, la disposition sur le fond se trouvera nécessairement infirmée par là même. Le jugement qui, au

de connexité doivent être traités comme le cas d'incompétence *ratione personæ* : l'art. 171 suppose que le renvoi est *demandé*. Boitard semble admettre que le tribunal ne pourrait pas d'office se dessaisir; mais en même temps il pense que le déclinatoire peut être proposé en tout état de cause (t. I, n° 360).

(1) La Cour de cassation entend l'art. 172 de telle sorte que sous ce rapport la procédure en matière commerciale n'offre rien de particulier. D'après cette Cour, si le défendeur a déjà proposé le déclinatoire et plaidé au fond, l'art. 172 ne s'oppose point à ce que le tribunal par un même jugement rejette le déclinatoire et statue au fond; si le défendeur a seulement proposé le déclinatoire, le tribunal, rejetant le déclinatoire, peut immédiatement enjoindre au défendeur de plaider au fond et, s'il s'y refuse, statuer par défaut. Voy. notamment les arrêts du 19 avril et du 24 août 1852 (Dev.-Car., 52, 1, 801 et 817). En sens contraire, voy. Boitard, *op. cit.*, t. I, n° 363; voy. aussi un arrêt de la Cour de Nancy, du 4 juin 1859 (Dev.-Car., 59, 2, 691).

(2) Voy. l'art. 454 du Code de procédure.

mépris de notre art. 425, statuerait par une disposition unique sur le déclinatoire et sur le fond, serait toujours susceptible d'appel et devrait être annulé par la Cour impériale. — Je citerai, pour terminer sur ce point, deux arrêts qui, à mon sens, ont exactement interprété la pensée du législateur :

Le sieur C., négociant à Toulouse, avait demandé des marchandises aux sieurs B., fabricants à Amiens. Les marchandises arrivées à Toulouse, C., ne les trouvant pas conformes à l'échantillon, assigne les sieurs B. devant le tribunal de commerce de Toulouse : il demande qu'ils soient condamnés à les reprendre, et subsidiairement que le tribunal nomme des experts. Les sieurs B. opposent une exception d'incompétence ; mais le tribunal, avant faire droit, ordonne que par experts il sera procédé à la vérification des marchandises. Sur l'appel des sieurs B., arrêt de la Cour de Toulouse qui déclare l'appel non recevable. Cet arrêt a été cassé, le 27 mars 1849 : « Si les tribunaux de « commerce, dit la Cour suprême, sont autorisés par l'art. 425 « du Code de procédure à statuer en même temps sur le déclina- « toire et sur le fond, ils ne le peuvent que lorsqu'il y a lieu de « rejeter le déclinatoire et que le fond est en état de recevoir « jugement ; mais cette disposition ne déroge en aucune façon « au principe qui oblige le juge à vérifier avant tout sa compé- « tence contestée et lui défend de réserver le déclinatoire. S'il « est permis au juge, avant de vider le déclinatoire, de recourir « à une instruction pour s'éclairer sur la question de compé- « tence, ou même, au besoin, d'ordonner, dans l'intérêt com- « mun des parties, une mesure conservatoire, il ne peut en « aucun cas rendre un *avant faire droit* sans relation avec la « question essentiellement préjudicielle de compétence, ni or- « donner une mesure d'instruction exclusivement relative à la « question du fond : incompétent pour juger la demande prin- « cipale, il ne le serait pas moins pour instruire sur cette « demande... » (1).

(1) Dev.-Car., 49, 1, 339.

Voici maintenant un arrêt de la Cour d'Orléans, du 1er avril 1851, dans lequel les faits de la cause sont suffisamment indiqués :

« La Cour :

« Attendu que B., devant le tribunal de commerce, a déclaré « qu'il méconnaissait comme sienne la signature apposée au « bas du billet à ordre objet du litige, et, en conséquence, « demandait aux premiers juges de se déclarer incompétents ; « — Que les termes dans lesquels a été formulée cette méconnaissance équivalent à une véritable dénégation ; — Que le « tribunal, en se conformant aux dispositions de l'art. 427 du « Code de procédure, devait donc renvoyer devant les juges « qui devaient en connaître, au lieu de vérifier par lui-même, « comme il l'a fait, la signature de B. ; — Attendu que l'art. 425 « du même Code dispose que les jugements, en ce qui touche « la compétence, pourront toujours être attaqués par la voie « de l'appel ; que c'est donc avec raison que B. a attaqué ainsi « le jugement du tribunal de commerce d'Orléans qui a statué « sur le fond du litige nonobstant les dispositions prohibitives « de la loi ; d'où il suit que la fin de non-recevoir tirée du dernier ressort ne procède pas utilement ;

« Infirme le jugement dont est appel, évoque l'affaire, et, « disant droit au principal, condamne B. à payer la somme de « 270 francs, montant dudit billet à ordre... » (1).

— Le législateur a pris la peine, dans les art. 426 et 427, de signaler certaines natures de questions qui, se trouvant absolument en dehors de la compétence du tribunal de commerce, ne peuvent pas être jugées par lui, encore qu'elles soient soulevées à l'occasion d'une affaire dont il est régulièrement saisi.

Aux termes de l'art. 426, « les veuves et héritiers des justi- « ciables du tribunal de commerce y seront assignés en reprise « ou par action nouvelle, sauf, si les qualités sont contestées, « à les renvoyer aux tribunaux ordinaires pour y être réglés,

(1) Dev.-Car., 53, 2, 16.

« et ensuite être jugés sur le fond au tribunal de commerce »(1). Cet article pose d'abord une règle, puis il y apporte une restriction. Quant à la règle, elle est bien simple. Un homme, contre qui j'ai une réclamation à faire valoir, est justiciable du tribunal de commerce, — ce qui, comme nous le savons, peut arriver lors même qu'il n'est point commerçant : s'il vient à mourir, ceux qui succèdent à ses obligations, c'est-à-dire sa veuve commune en biens et ses héritiers, seront également justiciables du tribunal de commerce. Autrefois cela valait bien la peine d'être dit, attendu qu'en général les commerçants étaient seuls justiciables des tribunaux consulaires ; aujourd'hui cela véritablement allait de soi. La règle s'applique à deux cas : la veuve et les héritiers peuvent être assignés *en reprise* ou *par action nouvelle*. Ils sont assignés *en reprise*, lorsque leur auteur avait déjà été poursuivi au moment où il est venu à mourir (2); ils sont assignés *par action nouvelle* lorsque la dette de leur auteur n'avait pas encore amené contre lui de poursuite judiciaire au moment de la mort. Dans ce dernier cas, le même tribunal de commerce qui eût été compétent *ratione personæ* pour juger le défunt reste-t-il compétent à l'égard de la veuve ou des héritiers ? La question est controversée ; je crois que le droit qui résulte de l'art. 420 pour le créancier ne s'évanouit point à la mort du débiteur, et qu'ainsi la veuve et les héritiers pourront très-bien être poursuivis devant le tribunal du lieu où la promesse a été faite et la marchandise livrée ou devant le tribunal du lieu où le paiement devait être effectué. — Si les personnes assignées devant le tribunal de commerce en qualité de veuve et d'héritiers du défunt soutiennent qu'elles n'ont point cette qualité, ou si, sans la contester, elles invoquent le bénéfice de l'art. 174 du Code de procédure, le différend qui s'élève en cette matière appartient essentiellement au tribunal civil, et le tribunal de commerce devrait, même d'of-

(1) L'Ordonnance de 1673 (Tit. xii, art. 16) contenait une disposition semblable.

(2) Voy. les art. 342 et suiv. du Code de procédure.

fice, se déclarer incompétent, sauf à reprendre l'examen du fond quand l'incident aura été vidé.

Quant à l'art. 427, il est ainsi conçu : « Si une pièce produite « est méconnue, déniée ou arguée de faux, et que la partie « persiste à s'en servir, le tribunal renverra devant les juges « qui doivent en connaître, et il sera sursis au jugement de la « demande principale. Néanmoins, si la pièce n'est relative « qu'à un des chefs de la demande, il pourra être passé outre « au jugement des autres chefs. » Cette disposition embrasse plusieurs hypothèses distinctes, savoir : 1° celle où, mon adversaire invoquant contre moi un billet qu'il attribue à mon auteur, je déclare que je ne reconnais point l'écriture ou la signature de mon auteur ; 2° celle où, mon adversaire invoquant contre moi un billet qu'il m'attribue, je désavoue formellement l'écriture ou la signature comme étant de moi (1) ; 3° enfin celle où, mon adversaire invoquant contre moi un acte en forme authentique, je déclare m'inscrire en faux (2). Dans tous ces cas, le tribunal de commerce est incompétent pour connaître de la sincérité ou de la fausseté de l'acte : c'est une question qui doit être portée devant le tribunal civil ; et, en attendant la décision de celui-ci, le tribunal de commerce surseoit au jugement de la demande principale, du moins en tant que la sincérité ou la fausseté de la pièce produite doit avoir de l'influence sur ce jugement (3). — Notre art. 427 dit, en termes absolus, que, si une pièce produite est méconnue, déniée ou arguée de faux, le tribunal de commerce renverra devant les juges qui doivent en connaître. En présence de ce texte, il me paraît difficile d'admettre que le tribunal de commerce soit investi d'un pouvoir discrétionnaire à l'effet de statuer immédiatement sur le

(1) Art. 1323 et 1324 du Code Napoléon, 195 du Code de procédure.

(2) Art. 1319 *in fine* du Code Napoléon, 214 et suiv. du Code de procédure.

(3) Lorsque l'incident dont il s'agit est soulevé devant un juge de paix, le juge de paix renvoie au tribunal civil, non-seulement l'incident, mais la cause tout entière. C'est du moins ce qui paraît bien résulter de l'art. 14 du Code de procédure. Comp. Boitard, *op. cit.*, t. Ier, n° 619.

fond, lorsqu'il estime que la partie qui méconnaît ou dénie la pièce produite ne cherche qu'à gagner du temps. Cependant la jurisprudence semble contraire (1).

Les art. 426 et 427 n'indiquent pas d'une manière limitative les cas dans lesquels un incident soulevé devant le tribunal de commerce doit être renvoyé devant le tribunal civil. Il est arrivé qu'un homme, poursuivi comme signataire d'une lettre de change, a prétendu que la lettre de change était nulle, attendu qu'elle avait pour cause un supplément de prix d'un office ministériel. Je crois qu'il n'appartenait pas au tribunal de commerce de décider si la dette civile du tiré devait ou non être réputée nulle comme ayant pour objet un supplément de prix dissimulé au Gouvernement : évidemment il pouvait y avoir là une question délicate, question n'ayant absolument rien de commercial (2).

— Quels sont les moyens que peut employer le tribunal de commerce pour arriver à bien connaître les faits à l'occasion desquels il est appelé à rendre une sentence? Ces moyens sont de diverses natures. Nous en trouvons d'abord un, qui correspond en matière commerciale à deux moyens distincts qu'on peut employer en matière civile et qui sont : la comparution personnelle des parties à l'audience (3), l'interrogatoire sur faits et articles (4). « Le tribunal, dit l'art. 428, pourra, dans « tous les cas, ordonner, même d'office, que les parties seront « entendues en personne, à l'audience ou dans la chambre, et, « s'il y a empêchement légitime, commettre un des juges, ou « même un juge de paix, pour les entendre, lequel dressera « procès-verbal de leurs déclarations. » Que signifient ces mots

(1) Voy. un arrêt de la Cour de Paris, du 26 juin 1847 (*Journal des avoués*, t. 73, p. 174).

(2) Je n'attache pas grande importance à un arrêt de la Chambre des requêtes, du 30 juillet 1835, qui paraît décider le contraire; c'est purement un arrêt d'espèce (Dev.-Car., 56, 1, 864). — Comp. ce que j'ai dit ci-dessus, p. 437 et suiv.

(3) C. de procéd., art. 119.

(4) C. de procéd., art. 324 et suiv.

de l'article, *dans tous les cas ?* Je crois qu'ils se réfèrent principalement à l'art. 421. La pensée du législateur me paraît être celle-ci : Les parties, en principe, peuvent bien comparaître par un fondé de procuration spéciale; mais le tribunal peut toujours, quand il le croit utile, ordonner qu'elles soient entendues en personne.

Un autre moyen dont le tribunal de commerce fait souvent usage, c'est le renvoi des parties devant un ou plusieurs arbitres, ou la nomination d'un ou de plusieurs experts. Comme le dit l'art. 429, « s'il y a lieu à renvoyer les parties devant « des arbitres, pour examen de comptes, pièces et registres, il « sera nommé un ou trois arbitres pour entendre les parties « et les concilier si faire se peut, sinon donner leur avis. S'il y « a lieu à visite ou estimation d'ouvrages ou marchandises, il « sera nommé un ou trois experts. Les arbitres et les experts « seront nommés d'office par le tribunal, à moins que les par- « ties n'en conviennent à l'audience. » La loi indique bien quand il y a lieu à nomination d'arbitres, quand il y a lieu à nomination d'experts. On voit que le mot *arbitres* n'est pas pris ici dans son sens ordinaire (1) : il ne s'agit pas ici d'arbitres-juges, mais d'arbitres rapporteurs. Du reste, nos arbitres ne sont pas seulement chargés de faire un rapport, de donner leur avis au tribunal; ils doivent, de plus, ce qui jusqu'à un certain point remplace le préliminaire de conciliation auquel sont soumises en général les affaires civiles, chercher à mettre les parties d'accord et à terminer ainsi le procès. En fait, les tribunaux de commerce renvoient peut-être trop souvent les parties devant arbitres. Comme le dit très-bien M. Chauveau Adolphe, « on ne saurait être assez circonspect lorsqu'il s'agit de substi- « tuer l'examen d'un seul homme, qui n'est revêtu d'aucun « caractère public et qui ne prête même pas serment, à l'ap- « préciation de trois magistrats, et de remplacer l'administra- « tion gratuite de la justice par un mandat salarié, souvent

(1) Voy. les art. 1003 et suiv. du Code de procédure.

« très-onéreux pour les plaideurs. Le renvoi devant un arbitre-
« rapporteur ne devrait être employé que lorsqu'il s'agit de
« liquidation de comptes compliqués ou d'appréciation de faits
« qui exigent une aptitude professionnelle ; dans tous les au-
« tres cas, et notamment quand le tribunal veut essayer une
« conciliation, il n'a qu'à renvoyer devant un de ses mem-
« bres... » (1).

En principe, nous devons considérer comme applicables en matière de commerce les règles tracées par la loi sur l'expertise en matière civile (C. de procéd., art. 302-323) : ces règles ne cesseront de s'appliquer que là où une dérogation formelle y aurait été apportée. Nous trouvons une dérogation de ce genre en ce qui concerne la nomination des experts. En matière civile, si lors du jugement qui ordonne l'expertise il n'y a pas d'experts choisis par les parties, le jugement ordonne qu'elles en nommeront dans les trois jours de la signification ; sinon, qu'il sera procédé à l'opération par les experts que nomme d'office le même jugement (C. de procéd., art. 304 et 305). En matière commerciale, les experts sont nommés d'office par le tribunal, à moins que les parties ne conviennent de leur choix immédiatement, à l'audience même (2).

L'art. 106 du Code de commerce, dans une Section consacrée au voiturier, contient en matière d'expertise une disposition spéciale, qu'il faut considérer comme n'étant susceptible d'aucune extension. « En cas de refus ou contestation pour la
« réception des objets transportés, dit l'art. 106, leur état est
« vérifié et constaté par des experts nommés par le président
« du tribunal de commerce, ou, à son défaut, par le juge de
« paix, et par ordonnance au pied d'une requête. » Comme l'a très-justement décidé la Cour de cassation, une fois que la réception de la marchandise sans protestation ni réserve a déchargé le voiturier, toute contestation ultérieure sur l'état

(1) *Lois de la procédure*, t. VII (*supplément*), n° 1535 *bis*.

(2) Voy. l'arrêt de la Cour de cassation, du 20 novembre 1854 (Dev.-Car., 56, 1, 27).

de la marchandise, ne pouvant plus s'élever qu'entre le destinataire et l'expéditeur, se trouve soumise, pour les constatations à faire, à la disposition générale de l'art. 429 du Code de procédure et, par conséquent, aux règles et aux formalités essentielles des expertises ordinaires (1).

De même que les juges ne sont pas astreints à suivre l'avis des experts, si leur conviction s'y oppose (C. de procéd., art. 323), de même ils ne sont certainement point liés par l'avis des arbitres-rapporteurs. Et je ne crois pas qu'il soit exact de considérer ces arbitres-rapporteurs comme représentant le tribunal. Aussi la Cour de Paris a-t-elle jugé, le 16 décembre 1857, que l'aveu constaté dans leur procès-verbal comme ayant été fait devant eux par l'une des parties, mais formellement dénié par cette partie, peut être méconnu par le tribunal. On admet cependant que toute production d'acte faite devant un arbitre-rapporteur est réputée faite en justice; qu'en conséquence, s'il résulte des termes du rapport que les parties ont invoqué des écrits privés non enregistrés, la Régie est fondée à réclamer les droits (2).

Les règles générales concernant la récusation des experts, telles qu'elles sont posées dans les art. 308-314 du Code de procédure, s'appliquent purement et simplement quand il s'agit d'arbitres rapporteurs et d'experts nommés par le tribunal de commerce. Tel paraît être le sens de cette disposition, contenue dans l'art. 430 : « La récusation ne pourra être propo-« sée que dans les trois jours de la nomination. »

La loi met également les arbitres sur la même ligne que les experts lorsqu'elle dit (art. 431) : « Le rapport des arbitres et « experts sera déposé au greffe du tribunal. » Evidemment il s'agit du greffe du tribunal de commerce. Faut-il en conclure que c'est au tribunal de commerce que devra être portée l'action en paiement des honoraires dus aux arbitres ou experts?

(1) Arrêt du 3 mars 1863 (Dev.-Car., 63, 1, 120).

(2) Jugement du tribunal civil de la Seine, du 21 août 1857 (*Journal des avoués*, t. 83, p. 103).

On peut le soutenir. La Cour d'Aix l'avait effectivement décidé ainsi, le 24 juin 1857. Elle invoquait, par analogie, l'art. 319 du Code de procédure; elle ajoutait que le tribunal de commerce avait seul les éléments nécessaires pour apprécier le travail de l'arbitre et régler ses honoraires. Mais cette décision a été cassée, le 26 décembre 1859 : « Aucune disposition de « loi, dit la Cour de cassation, n'attribue aux tribunaux de « commerce la connaissance des actions principales en paie- « ment d'honoraires et déboursés formées par les experts- « arbitres à raison de leurs rapports : l'arrêt attaqué a donc « faussement appliqué les art. 60 et 319 du Code de procé- « dure » (1).

— Un dernier moyen d'instruction que la loi nous indique comme pouvant être employé par le tribunal de commerce, c'est l'ouverture d'une enquête. « Si le tribunal ordonne la preuve par « témoins, dit l'art. 432, il sera procédé dans les formes ci-dessus « prescrites pour les enquêtes sommaires. Néanmoins, dans les « causes sujettes à appel, les dépositions seront rédigées par écrit « par le greffier, et signées par le témoin ; en cas de refus, men- « tion en sera faite. » Dire qu'il sera procédé à l'enquête dans les formes prescrites pour les enquêtes sommaires, cela veut dire surtout que l'enquête, au lieu de se faire devant un juge-commissaire, hors de l'audience, se fait devant le tribunal et publiquement (2). Du reste, il faut distinguer si l'affaire soumise au tribunal de commerce est de nature à être jugée par lui en dernier ressort ou si au contraire elle est sujette à appel. Dans le premier cas, on applique l'art. 410 : il n'est point dressé procès-verbal de l'enquête ; il est seulement fait mention, dans le jugement, des noms des témoins et du résultat de leurs dépositions (3). Dans le deuxième cas, le greffier du tribunal rédige

(1) Dev.-Car., 60, 1, 155. — Comp. le *Commentaire du tarif* par MM. Chauveau Adolphe et A. Godoffre, t. I, nos 2285-2287.

(2) Voy. l'art. 407 du Code de procédure.

(3) Toutefois cet art. 410 doit être complété par l'art. 40, qui règle comment les choses se passent dans les causes de nature à être jugées en dernier ressort par le juge de paix.

par écrit les dépositions et fait signer chacune par le témoin (1).

La Cour de cassation a jugé, le 23 juillet 1860, que, lorsqu'en matière commerciale il devait être procédé à une enquête un certain jour, il n'y a pas nullité du jugement qui, sans qu'une prorogation ait été demandée, fixe pour l'enquête un jour plus éloigné (2). — Certaines Cours impériales vont beaucoup plus loin, et décident que l'inobservation manifeste de notre art. 432 n'entraîne pas nécessairement nullité. Voici notamment comment s'exprime la Cour de Colmar, dans son arrêt du 19 juin 1860 : « Les enquêtes... ne sont pas nulles par ce seul fait que « la signature du président aurait été apposée à côté de celle « du greffier et à la place de celle du témoin, au bas de chaque « déposition. A la vérité, l'art. 432 du Code de procédure exige « cette dernière signature ou la mention que le témoin ne sait « pas signer; mais, à la différence de l'art. 273, concernant les « enquêtes ordinaires, auxquelles il est procédé devant un « juge-commissaire seulement, il n'attache pas la peine de « nullité à l'inobservation de sa disposition. Aux termes de « l'art. 1030 du même Code, aucun acte de procédure ne peut « être annulé si la nullité n'a pas été formellement prononcée « par la loi. La formalité dont il s'agit ne peut même pas être « rangée dans la catégorie des formalités substantielles : loin « qu'il en soit ainsi, elle n'est pas même mentionnée dans « les art. 411 et 413, qui tracent les règles à suivre dans les causes « sujettes à appel, pour la confection des procès-verbaux d'en- « quêtes sommaires en matière civile. — Même en admettant « le contraire, l'appelant ne serait pas recevable à proposer ce « moyen : la nullité, si elle existait, aurait été couverte par la « défense au fond... » (3). J'aurais beaucoup de peine à suivre

(1) Comp. les art. 411 et 39. Le mot *néanmoins*, dans notre art. 432, s'explique parce que le greffier doit reproduire intégralement chaque déposition, tandis qu'en matière sommaire ordinaire il en donne seulement le résultat.

(2) Dev.-Car., 60, 1, 964.

(3) Dev.-Car., 61, 2, 350.

cette doctrine. On peut l'admettre en matière sommaire ordinaire; mais, en matière commerciale, les termes de notre article 432 sont trop impératifs (1).

Il est évident que le droit de procéder à une enquête ne peut appartenir qu'aux tribunaux : il ne saurait être exercé par les arbitres-rapporteurs ni par les experts. Mais, dans la pratique, les tribunaux donnent souvent aux arbitres et aux experts la faculté d'entendre des témoins *à titre de simples renseignements;* cette habitude a même été consacrée par un arrêt de la Cour de cassation, du 19 novembre 1856 (2).

3° *Règles relatives au jugement.*

La loi pose d'abord une règle qui s'applique en général à tous les jugements, sans qu'il y ait à distinguer s'ils sont contradictoires ou par défaut. L'art. 433 est ainsi conçu : « Seront « observées, dans la rédaction et l'expédition des jugements, « les formes prescrites dans les art. 141 et 146 pour les tribu- « naux de 1re instance. » Aux termes de l'art. 141, la *rédaction* contient les noms des juges, du procureur impérial, s'il a été entendu, ainsi que des avoués; les noms, professions et demeures des parties, leurs conclusions, l'exposition sommaire des points de fait et de droit, les motifs et le dispositif du jugement. Dès qu'il s'agit d'un jugement rendu en matière commerciale, il ne peut pas être question d'indiquer les noms des avoués; quant au ministère public, nous savons que, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, il peut être entendu lorsque c'est un tribunal civil qui juge commercialement. En ce qui concerne l'*expédition*, l'art. 146 dit qu'elle est intitulée et terminée au nom de l'Empereur.

La loi, qui renvoie aux art. 141 et 146, ne renvoie pas et ne pouvait pas renvoyer aux art. 142-145. Il s'agit, en effet, dans

(1) Voy. les arrêts, en sens divers, rapportés par M. Chauveau Adolphe, *Lois de la procédure*, t. VII (*supplément*), n. 1540.

(2) Dev.-Car., 57, 1, 33.

ces derniers articles, d'une procédure qui suppose nécessairement le ministère des avoués. Comme le dit la Cour de Lyon, dans son arrêt du 20 août 1858, « les dispositions de l'art. 142 « du Code de procédure, relatives à la rédaction des qualités, « ne sont point applicables en matière commerciale : devant « la juridiction en cette matière, où le ministère des avoués « n'est pas admis, les qualités des jugements sont rédigées par « le tribunal lui-même, sur la représentation des pièces de la « procédure... » (1).

La loi, dans une série d'articles (art. 434-438), s'occupe spécialement des jugements par défaut en matière commerciale.

L'art. 434 distingue suivant qu'il y a défaut du demandeur ou défaut du défendeur : « Si le demandeur ne se présente pas, « le tribunal donnera défaut et renverra le défendeur de la « demande. Si le défendeur ne comparaît pas, il sera donné « défaut, et les conclusions du demandeur seront adjugées, si « elles se trouvent justes et bien vérifiées. » La distinction que fait ici la loi en matière commerciale est la même qu'elle a faite en matière civile (voy., d'une part, l'art. 154, et, d'autre part, les art. 149 et 150) : par cela seul que le demandeur ne se présente pas, le défendeur est renvoyé de la demande ; au contraire, pour que le demandeur obtienne gain de cause, il ne suffit point que le défendeur ne comparaisse pas, il faut de plus que les conclusions du demandeur se trouvent justes et bien vérifiées. Ici, comme en matière civile, on discute sur le point de savoir si, en cas de défaut du demandeur, il y a chose jugée au profit du défendeur (sauf possibilité d'opposition et peut-être d'appel).

(1) Dev.-Car., 58, 2, 662. — Il n'est pas tout à fait exact de dire que les qualités des jugements sont rédigées par le tribunal lui-même. Voici, en effet, ce que je lis dans l'art. 1er de l'Ordonnance du 9 octobre 1825, *qui fixe les droits que percevront les greffiers des tribunaux de commerce...* : « Ces officiers percevront à leur profit, pour chaque jugement expédié « et *dont les qualités se rédigeront dans le greffe*, 1 franc s'il est par défaut « et 2 francs s'il est contradictoire. » Dans la pratique, les qualités sont souvent remises par l'agréé.

ou si au contraire le demandeur a seulement perdu le bénéfice de l'action intentée, mais sans perdre le droit de soumettre au tribunal la même prétention par une action nouvelle. La question est vivement débattue. Je ne puis croire, quant à moi, qu'il soit entré dans l'intention du législateur de considérer la prétention du demandeur comme non fondée, par cela seul que ce demandeur ne s'est pas présenté, lorsque le tribunal n'a aucunement apprécié sa prétention. Comme le dit très-bien M. Gauthier, « il est difficile d'admettre que le législateur, en « même temps qu'il dispensait le juge de tout examen et de « toute vérification, ait entendu qu'il déciderait la contesta- « tion » (1).

Une question également très-débattue est celle de savoir s'il faut appliquer en matière commerciale l'art. 153 du Code de procédure, lequel est ainsi conçu : « Si de deux ou de plusieurs « parties assignées l'une fait défaut et l'autre comparaît, le « profit du défaut sera joint, et le jugement de jonction sera « signifié à la partie défaillante par un huissier commis : la « signification contiendra assignation au jour auquel la cause « sera appelée; il sera statué par un seul jugement, qui ne sera « pas susceptible d'opposition. » L'opinion qui paraît prévaloir aujourd'hui et qui, à mon sens, est la plus plausible, consiste à dire qu'en matière commerciale le juge n'est point tenu de se conformer à cette disposition, mais qu'il est toujours libre de le faire. Cette opinion a été consacrée notamment par la Cour d'Aix, qui, dans son arrêt du 21 juin 1858, adopte purement et simplement les motifs d'un jugement du tribunal de commerce de Marseille. Comme le dit le tribunal, « Si les art. 642 « et 643 du Code de commerce ont renvoyé, pour la forme de « procéder devant les tribunaux de commerce, à certains arti- « cles du Code de procédure, ce renvoi n'a pas eu pour but « d'exclure impérieusement l'application des autres règles du « Code de procédure lorsqu'il ne s'y rencontre rien d'incompa-

(1) Dissertation insérée dans le *Recueil général des lois et des arrêts* (57, 1, 504).

« tible avec l'organisation et la compétence de ces mêmes tri-
« bunaux. La jonction du défaut et la réassignation ordonnée
« par l'art. 153, c'est une mesure de prudence qui a pour but
« de prévenir toute surprise et d'empêcher dans une même
« cause la pluralité et la contrariété des jugements; ce même
« motif existe aussi bien pour les tribunaux de commerce que
« pour les tribunaux civils : ainsi, bien que la loi commerciale
« n'ait pas nommément renvoyé à l'art. 153, son application
« cependant devant les premiers de ces tribunaux ne saurait
« soulever aucune incompatibilité et s'opposer à ce que le vœu
« de la loi soit rempli. Si pour les tribunaux civils le Code de
« procédure a imposé en termes impératifs l'obligation de pro-
« noncer la jonction de défaut, et si rien de semblable n'a eu
« lieu pour les tribunaux de commerce, il en résulte que pour
« ceux-ci l'application de l'art. 153 est purement facultative ;
« cette différence tient à la nature même des affaires soumises
« à la juridiction de ces tribunaux, lesquelles, demandant à être
« jugées avec célérité, pourraient souffrir dans certains cas par
« des lenteurs apportées à la décision sur le fond par l'application
« forcée dudit art. 153 : c'est précisément pour éviter ce dan-
« ger que la loi a laissé à la prudence des tribunaux de com-
« merce d'ordonner ou de refuser, suivant les circonstances de
« la cause, la jonction du défaut et la réassignation des défen-
« deurs défaillants... » (1).

— L'art. 435 contient trois dispositions distinctes. La première reproduit en matière commerciale ce qui avait été déjà décidé en matière civile ; les deux autres ont quelque chose de particulier aux affaires commerciales. Voici le texte de l'article : « Aucun jugement par défaut ne pourra être signifié que par « un huissier commis à cet effet par le tribunal; la signification « contiendra, à peine de nullité, élection de domicile dans la

(1) Dev.-Car., 59, 2, 373. Voy. aussi l'arrêt de la Cour de Paris, du 20 juin 1861 (Dev.-Car., 62, 2, 217). Comp. M. Orillard, *op. cit*, n° 897. — Boitard enseigne, au contraire, que l'art. 153 est inapplicable en matière commerciale (*op. cit.*, n° 663).

« commune où elle se fait, si le demandeur n'y est domicilié. « Le jugement sera exécutoire un jour après la signification et « jusqu'à l'opposition. » Reprenons successivement ces trois dispositions :

1° En matière civile, aux termes de l'art. 156, tous jugements par défaut *contre une partie qui n'a pas constitué d'avoué* seront signifiés par un huissier commis, soit par le tribunal, soit par le juge du domicile du défaillant que le tribunal aura désigné; en matière commerciale, on ne distingue pas le défaut *faute de comparaître* et le défaut *faute de conclure*, et on décide, en termes généraux, qu'aucun jugement par défaut ne pourra être signifié que par un huissier commis. De même que, lorsqu'un homme assigné en matière civile n'a pas constitué avoué, on peut craindre que l'assignation ne lui soit point parvenue, de même, toutes les fois qu'un homme assigné en matière commerciale n'a comparu devant le tribunal ni en personne ni par un fondé de pouvoir, on peut craindre que l'assignation ne lui soit restée inconnue : dans les deux cas, il convient de prendre la même mesure pour s'assurer qu'il est au courant, il convient que le jugement par défaut lui soit signifié par un huissier commis à cet effet. — Si le tribunal avait oublié de commettre un huissier, ou si l'huissier commis se trouvait dans l'impossibilité de faire la signification, quelle marche faudrait-il suivre? On admet généralement, et, je crois, avec raison, qu'un huissier serait commis, sur requête, par le président du tribunal de commerce.

2° En matière commerciale, la signification faite par l'huissier commis doit contenir, à peine de nullité, élection de domicile dans la commune où elle se fait, si le demandeur n'y est domicilié. En matière civile, nous ne voyons pas qu'on exige rien de semblable. La différence tient à ce que, en matière commerciale, comme nous allons le voir, un jour après qu'il a été signifié le jugement par défaut est exécutoire, à moins qu'il n'y ait de la part du défendeur opposition signifiée au domicile du demandeur. On a voulu que le défendeur pût

arrêter l'exécution dès qu'elle est possible, et avant même que l'huissier ne se soit présenté pour y procéder : en conséquence, on a pris la mesure nécessaire pour fournir à ce défendeur le moyen de signifier promptement son opposition.

3° En matière commerciale, le jugement par défaut est exécutoire *un jour après la signification* : signifié le lundi, par exemple, il peut être mis à exécution dès le mercredi suivant. Au contraire, en matière civile le principe est qu'il n'est exécutoire que huitaine après la signification (1). — Du reste, la force exécutoire du jugement est suspendue par l'opposition. Ce point a déjà été indiqué il n'y a qu'un instant, et nous aurons bientôt à y revenir.

— La partie condamnée par défaut peut former opposition. Dans quel délai? D'après l'art. 436 du Code de procédure, le délai n'était jamais que de huitaine à partir du jour de la signification. Ce système avait quelque chose de bizarre. Tandis qu'au point de vue de la signification à faire par un huissier commis tout jugement par défaut en matière commerciale est traité comme le jugement par défaut *faute de comparaître* en matière civile, au contraire, au point de vue du délai donné pour former opposition, tout jugement par défaut en matière commerciale était traité comme le jugement par défaut *faute de conclure* en matière civile (2). D'ailleurs, celui qui en matière commerciale a été condamné sans avoir comparu, pourquoi ne mériterait-il pas autant de faveur que celui qui en matière civile a été condamné sans avoir constitué avoué? Le système de l'art. 436 du Code de procédure avait donné lieu à de très-vives réclamations, et les rédacteurs du Code de commerce ont voulu y faire droit. Malheureusement il est assez difficile de déterminer d'une manière précise la portée de

(1) « Les jugements par défaut, dit l'art. 155 du Code de procédure, « ne seront pas exécutés avant l'échéance de la huitaine de la signification « à avoué, s'il y a eu constitution d'avoué, et de la signification à personne « ou domicile, s'il n'y a pas eu constitution d'avoué.... »

(2) Comp. les art. 157 et 158 du Code de procédure.

l'innovation qu'ils ont établie. Après avoir dit, dans l'art. 642, que la forme de procéder devant les tribunaux de commerce sera suivie telle qu'elle a été réglée par les art. 414-442 du Code de procédure, ils ajoutent, dans l'art. 643 : « Néanmoins « les art. 156, 158 et 159 du même Code, relatifs aux juge- « ments par défaut rendus par les tribunaux inférieurs, seront « applicables aux jugements par défaut rendus par les tribu- « naux de commerce. » Cette disposition renvoie à l'art. 158, lequel porte que, le jugement étant rendu contre une partie qui n'a pas d'avoué, l'opposition est recevable jusqu'à l'exécution du jugement. Ainsi, d'après le Code de procédure, l'individu condamné par défaut en matière commerciale ne pouvait jamais former opposition, une fois expirée la huitaine de la signification ; d'après le Code de commerce, il peut former opposition lors même que cette huitaine est expirée, tant qu'il n'y a pas eu exécution, et l'art. 159 du Code de procédure indique des cas où l'exécution est réputée avoir eu lieu.

La question qui se présente sur cet art. 643 est celle de savoir s'il abroge complétement la disposition de l'art. 436 du Code de procédure, en sorte que le délai de huitaine pour former opposition soit désormais absolument inapplicable en matière commerciale, ou si au contraire il se borne à établir une distinction là où le Code de procédure contenait une règle absolue. En d'autres termes, faut-il dire qu'en matière commerciale la loi ne reconnaît qu'une seule espèce de jugement par défaut, et que l'opposition est toujours recevable jusqu'à l'exécution ? ou bien faut-il dire que, de même qu'en matière civile on distingue le jugement par défaut *faute de comparaître* et le jugement par défaut *faute de conclure*, de même en matière commerciale, si le défendeur n'a pas comparu devant le tribunal par lui-même ou par un fondé de procuration, l'opposition sera recevable jusqu'à l'exécution conformément à l'art. 158, tandis que, s'il a bien comparu, par exemple, pour plaider sur la compétence, mais qu'il n'ait pas conclu au fond, il ne pourra former opposition que pendant la huitaine à dater

de la signification, conformément aux art. 157 et 436? La plupart des auteurs entendent l'art. 643 du Code de commerce dans le premier sens, c'est-à-dire comme ayant complétement abrogé l'art. 436 du Code de procédure. En effet, d'abord l'art. 643 déclare l'art. 158 applicable, non pas à une certaine espèce de jugements par défaut, mais en général *aux jugements par défaut* rendus par les tribunaux de commerce (1). De plus, on comprend qu'en matière civile, dès que le défendeur a constitué avoué, la loi cesse de multiplier les précautions en sa faveur, parce qu'il se trouve avoir un guide expérimenté; la même garantie n'existant point en matière commerciale, la loi a pu sans inconséquence se montrer ici plus favorable au défendeur qui, sur l'assignation, s'est bien présenté devant le tribunal, mais n'a rien dit en réponse à la prétention formée contre lui (2). Cependant la jurisprudence paraît aujourd'hui fixée en sens contraire. Du reste, sauf peut-être un arrêt assez récent, sur lequel je reviendrai, je n'en connais aucun où l'on ait au moins essayé de réfuter l'argument qui ressort du texte de l'art. 643. Ainsi la Cour de cassation, dans son arrêt du 1er février 1841, se contente d'affirmer « que l'art. 436 du Code de procédure reçoit son application toutes les fois que le défendeur a comparu, soit en personne, soit par le ministère d'un agréé; qu'en effet, le jugement est alors un jugement par dé-

(1) De même, l'art. 156 étant déclaré applicable aux jugements par défaut rendus par les tribunaux de commerce, il faut en conclure que dans tous les cas ces jugements seront réputés non avenus faute d'avoir été exécutés dans les six mois de leur obtention.

(2) Voy. notamment MM. Bonnier, *Eléments de procédure civile*, nos 959 et 960; Orillard, *op. cit.*, no 887. — Un argument que l'on fait valoir dans cette opinion consiste à dire: « L'art. 643 renvoie à l'art. 158, mais non « à l'art. 157 : c'est donc que la disposition de l'art. 157 ne s'applique « jamais en matière commerciale. » Cet argument n'a réellement aucune force et doit être laissé de côté. En effet, il est trop facile aux adversaires de répondre: « Si l'art. 643 renvoie à l'art. 158 et non à l'art. 157, ce n'est point que le délai de huitaine pour former opposition soit exclu en matière commerciale; c'est tout simplement que ce délai de huitaine résulte suffisamment de l'art. 436 pour le cas où il y a eu comparution du défendeur et défaut *faute de conclure.* »

faut *faute de défendre*, contre lequel l'opposition n'est recevable que dans la huitaine de la signification » (1). La Cour de Montpellier, dans son arrêt du 19 novembre 1852, fait mieux encore : « En matière commerciale, dit-elle, l'opposition au « jugement par défaut *faute de plaider* n'est plus recevable après « la huitaine du jour de la signification : LA JURISPRUDENCE DE « LA COUR DE CASSATION EST FORMELLE SUR CE POINT » (2). Enfin, en 1859, la Cour de cassation, tenant pour axiome indiscutable l'interprétation si péremptoirement établie dans ses précédents arrêts, se demande seulement quelle est la signification qui fait courir le délai de huitaine. Voici le texte même de l'arrêt : « Aux termes de l'art. 436 du Code de procédure, et en prin- « cipe général, l'opposition aux jugements rendus par les tri- « bunaux de commerce n'est plus recevable après la huitaine « du jour de la signification (3). La signification dont il s'agit « dans cet article est nécessairement celle qui est faite à la « partie, lorsque le défendeur a comparu, soit en personne, soit « par un mandataire, et qu'il a seulement été condamné par « défaut faute de plaider. En effet, d'une part, il a eu connais- « sance du jugement, par suite de sa comparution en personne « ou par un mandataire; et, d'autre part, à moins d'un pouvoir « spécial à cet effet, le mandataire n'a pas de caractère légal « pour recevoir cette signification... » (4). Je le demande à tout homme de bonne foi, est-il possible d'attacher une valeur doctrinale quelconque à des décisions motivées de cette manière?

La Cour de Grenoble, dans son arrêt du 21 avril 1863, a daigné parler autrement que comme un oracle : elle a pris la peine de chercher à justifier sa décision. Elle montre bien, ce

(1) Dev.-Car., 41, 1, 329.

(2) Dev.-Car., 53, 2, 217.

(3) Les mots *en principe général* sont véritablement curieux! La Cour ne s'embarrasse pas plus de l'art. 643 du Code de commerce que s'il n'existait pas.

(4) Dev.-Car., 59, 1, 454.

que j'admets sans difficulté, que l'omission de l'art. 157 dans l'art. 643 du Code de commerce ne prouve rien contre le système de la jurisprudence. Elle ajoute que la disposition de l'art. 643 s'applique seulement au cas prévu dans les art. 156 et 158, c'est-à-dire *au cas où la partie n'a pas comparu devant le tribunal;* il faut décider, au contraire, en s'attachant au texte, que la disposition s'applique toutes les fois que la partie n'avait pas constitué avoué, c'est-à-dire toujours. Enfin la Cour de Grenoble fait remarquer que le système qu'elle adopte est justifié par les considérations prises de la nécessité d'une prompte expédition des affaires commerciales, qui a constamment préoccupé le législateur (1). Au fond, ce n'est pas là un motif suffisant pour que nous puissions mettre de côté le texte de l'art. 643. D'ailleurs, que tout jugement par défaut en matière commerciale soit susceptible d'opposition tant qu'il n'est pas exécuté, cela n'a réellement rien d'incompatible avec la prompte expédition des affaires : car cela n'empêche pas la partie qui l'a obtenu de pouvoir le mettre à exécution un jour après la signification et par conséquent de pouvoir promptement constituer l'autre partie en demeure de former opposition. — En somme, je considère la distinction imaginée par la jurisprudence comme n'étant conforme ni au texte ni même à l'esprit de la loi commerciale, et je ne désespère pas de voir les tribunaux abandonner tôt ou tard cette distinction (2).

— Sous l'empire du Code de procédure, le jugement rendu par défaut en matière commerciale ayant été exécuté (et il peut l'être un jour après la signification), souvent la voie de l'opposition restait encore ouverte pendant plusieurs jours à la partie condamnée : cela résulte clairement des art. 435 *in fine* et 436. Aujourd'hui au contraire, sous l'empire de l'art. 643 du Code de commerce, une fois que le jugement par défaut est exécuté ou réputé exécuté, il n'y a plus possibilité de former opposition.

(1) Dalloz, *Rec. périod.*, 1863, 2e partie, p. 144.

(2) Elle est cependant défendue par M. Bédarride, *op. cit.*, nos 481 et 482.

— Comment se fait l'opposition? Elle peut se faire de deux manières : *principalement* ou *incidemment à l'exécution*.

1° L'opposition peut être formée *principalement*. Ici c'est, en quelque sorte, la partie condamnée par défaut qui prend l'offensive : il ne s'agit pas pour elle d'arrêter une exécution commencée, car il n'y a encore eu aucun acte d'exécution. C'est le cas prévu dans l'art. 437 du Code de procédure : « L'opposi-« tion, dit cet article, contiendra les moyens de l'opposant, et « assignation dans le délai de la loi ; elle sera signifiée au do-« micile élu. » Le *délai de la loi*, nous savons qu'en principe il est au moins d'un jour (art. 416). Le *domicile élu*, c'est le lieu qui a dû être indiqué par la partie, au moment où elle a signifié le jugement conformément à l'art. 435. Bien entendu, si l'opposant le préfère, il est parfaitement libre de signifier son opposition au *domicile réel* de la partie. Remarquez que, comme en matière civile (art. 161), l'opposition doit contenir les moyens de l'opposant.

2° L'opposition peut être formée *incidemment à l'exécution*. Voici sur ce point comment s'exprime l'art. 438 : « L'opposi-« tion faite à l'instant de l'exécution, par déclaration sur le « procès-verbal de l'huissier, arrêtera l'exécution, à la charge, « par l'opposant, de la réitérer dans les trois jours, par exploit « contenant assignation ; passé lequel délai elle sera censée non « avenue. » Cette opposition que j'appelle *incidente* existe également en matière civile ; seulement, en matière civile, il suffit qu'elle soit réitérée dans la huitaine (art. 162). — En fait, il est facile de comprendre que la disposition de notre art. 438 pouvait déjà s'appliquer lorsque l'opposition était recevable pendant huitaine à dater de la signification du jugement, mais qu'elle doit s'appliquer plus souvent, aujourd'hui que l'opposition est recevable jusqu'à l'exécution.

L'art. 438 dit expressément que l'opposition faite par simple déclaration sur le procès-verbal de l'huissier arrête l'exécution. La loi ne dit rien de semblable, dans l'art. 437, en ce qui concerne l'opposition formée *principalement ;* il y a évidemment

un argument *a fortiori* à tirer de l'art. 438, et d'ailleurs la question est formellement tranchée par les derniers mots de l'art. 435.

Il nous reste à parler de l'exécution des jugements rendus en matière commerciale.

Aux termes de l'art. 439, « les tribunaux de commerce pourront ordonner l'exécution provisoire de leurs jugements nonobstant l'appel, et sans caution, lorsqu'il y aura titre non attaqué ou condamnation précédente dont il n'y aura pas d'appel; dans les autres cas, l'exécution provisoire n'aura lieu qu'à la charge de donner caution ou de justifier de solvabilité suffisante. » Si nous comparons cette disposition et celles qui sont relatives à l'exécution provisoire des jugements en matière civile, nous pourrons reconnaître plusieurs différences assez importantes :

1° En matière civile ordinaire, aux termes de l'art. 135, l'exécution provisoire n'a jamais lieu de plein droit, sans avoir été ordonnée par le tribunal. Seulement, dans certains cas, le tribunal doit l'ordonner; dans d'autres, il peut l'ordonner, avec ou sans caution. — En matière commerciale, le jugement est toujours, de plein droit, exécutoire par provision; seulement, dans certains cas, l'exécution provisoire a lieu sans caution, tandis que dans les autres elle n'a lieu qu'à la charge de donner caution ou de justifier de solvabilité suffisante (1).

Le principe qu'en matière commerciale les jugements sont de plein droit exécutoires par provision, ce principe était déjà consacré par la loi des 16-24 août 1790 (Titre XII, art. 4). Il a certainement été maintenu par le Code de procédure (2). Voici seulement en quoi le Code de procédure a innové : tandis que, d'après la loi de 1790, la partie qui voulait exécuter provisoi-

(1) En ce qui concerne les jugements des juges de paix, l'exécution provisoire n'a jamais lieu de plein droit, sans avoir été ordonnée. Voy. la loi du 25 mai 1838, art. 11 et 12.

(2) La jurisprudence est constante sur ce point. Voy. notamment M. Chauveau Adolphe, *Lois de la procéd.*, t. VII (*supplément*), n° 1547.

rement le jugement devait toujours donner caution, le Code de procédure au contraire fait à cet égard une distinction : quand il y a titre non attaqué (1) ou condamnation précédente dont il n'y a pas d'appel, le tribunal *peut* ordonner l'exécution provisoire *sans caution*, ou, plus exactement, il peut dispenser la partie de fournir caution ; et, dans les autres cas, l'exécution provisoire n'a lieu qu'à la charge de donner caution, à moins que la partie ne justifie de solvabilité suffisante.

Au principe qu'en matière commerciale le jugement est toujours, de plein droit, exécutoire par provision se rattache cette idée que la partie qui a succombé peut interjeter appel le jour même du jugement (C. de comm., art. 645 *in fine*). En matière civile, toutes les fois que le jugement n'est pas exécutoire par provision, l'appel ne peut pas être interjeté pendant la huitaine à dater du jugement (C. de proc., art. 449).—De même, en matière commerciale, le jugement, en principe, est exécutoire même pendant la huitaine du jour où il a été rendu; au contraire, en matière civile, à moins qu'il ne soit exécutoire par provision, il ne peut pas être exécuté pendant ladite huitaine (C. de procéd., art. 450).

2° En matière civile, le jugement exécutoire par provision peut être exécuté nonobstant l'appel interjeté et aussi nonobstant l'opposition formée (C. de procéd., art. 155 *in fine*). En matière commerciale, le jugement est toujours exécutoire par provision; mais cela n'empêche pas, quand il s'agit d'un jugement par défaut, que l'exécution soit arrêtée par l'opposition. En effet, l'art. 435 *in fine* du Code de procédure dit, en termes absolus, que le jugement est exécutoire *jusqu'à l'opposition;* et l'art. 439 du même Code parle bien d'une exécution provisoire qui a lieu *nonobstant l'appel*, mais non d'une exécution provi-

(1) Comme le dit très-bien la Cour de Bordeaux, dans son arrêt du 28 août 1847, « ce serait méconnaître l'esprit de l'art. 439 que de ne pas « accorder l'exécution provisoire sans caution à des *conventions verbales* « *reconnues*, alors qu'on l'accorderait à un titre sous signature privée » (Dev.-Car., 48, 2, 383).

soire qui aurait lieu *nonobstant l'opposition*. Cela s'explique parce qu'en matière commerciale il est promptement statué sur l'opposition : on ne cause donc pas un grand préjudice à la partie qui a obtenu le jugement, quand on lui défend de poursuivre l'exécution en cas d'opposition (1).

— Lorsque la partie qui a obtenu un jugement exécutoire par provision doit fournir caution, quelle est la procédure à suivre en ce qui concerne cette caution? « La caution, dit l'art. « 440, sera présentée par acte signifié au domicile de l'appe- « lant, s'il demeure dans le lieu où siége le tribunal, sinon au « domicile par lui élu en exécution de l'art. 422, avec somma- « tion à jour et heure fixes de se présenter au greffe pour « prendre communication, sans déplacement, des titres de la « caution, s'il est ordonné qu'elle en fournira, et à l'audience, « pour voir prononcer sur l'admission, en cas de contestation. » Et la loi ajoute, dans l'art. 441 : « Si l'appelant ne comparaît « pas ou ne conteste point la caution, elle fera sa soumission « au greffe; s'il conteste, il sera statué au jour indiqué par la « sommation. Dans tous les cas, le jugement sera exécutoire « nonobstant opposition ou appel » (2). Cette procédure est un peu plus simple que celle qui est organisée en matière civile par les art. 517 et suiv.

— Pour que la partie qui a obtenu jugement puisse procéder à l'exécution provisoire sans caution, est-il nécessaire que le tribunal l'ait expressément dispensée de fournir caution? La Cour de Douai, par son arrêt du 20 juin 1853, a décidé, et, je crois, avec raison, que l'exécution provisoire ne peut avoir lieu sans caution qu'autant que le tribunal l'a ainsi ordonné; que

(1) La question est cependant controversée entre les auteurs. La doctrine que je défends comme ressortant du texte de la loi est également enseignée par M. Orillard, *op. cit.*, n° 876.

(2) Nous venons de dire qu'en matière commerciale le principe est que le jugement par défaut ne peut pas être exécuté nonobstant opposition. Dans le cas particulier qui nous occupe, si le jugement qui statue sur l'admissibilité de la caution est un jugement par défaut, il est exécutoire nonobstant opposition.

le silence du tribunal à cet égard laisse subsister la règle générale qui veut qu'à défaut de dispense la caution soit fournie (1). Tel est bien le sens littéral de l'art. 439.

— Lorsqu'un jugement est exécutoire par provision, mais moyennant caution, l'exécution provisoire ne peut avoir lieu qu'autant que la caution a été préalablement fournie. L'exécution provisoire à laquelle on aurait procédé sans avoir tout d'abord fourni caution reste nulle lors même que plus tard la caution aurait été fournie. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens dans les circonstances suivantes : Un jugement du tribunal de commerce de la Seine avait condamné par corps le sieur R. à payer à Emile G. la somme de 10,812 fr.; ce jugement était déclaré exécutoire par provision, mais à la charge de fournir caution. Le sieur R. ayant interjeté appel, Emile G. fit procéder à son arrestation. R. introduisit alors un référé pour faire prononcer la nullité de l'arrestation, attendu que caution n'avait pas été préalablement fournie ; mais, le garde du commerce ayant justifié qu'il était porteur d'une somme suffisante pour le cautionnement et ayant fait offre de la déposer, le président du tribunal civil ordonna qu'il serait passé outre à l'écrou. R., sorti de prison, demandait à la Cour de Paris de lui allouer des dommages-intérêts, comme ayant été arrêté illégalement : la Cour, par un arrêt du 10 avril 1862, condamne effectivement Emile G. à payer à R. 100 fr. de dommages-intérêts, à raison de son arrestation abusive. Enfin, le 4 novembre 1863, la Chambre des requêtes, « attendu que l'exécution provisoire « d'un jugement qui ne l'autorise qu'à la charge par le créan- « cier qui l'a obtenu de donner caution, ne peut être légale- « ment poursuivie qu'autant que cette caution a été préalable- « ment fournie; qu'il suit de là qu'en jugeant que l'offre d'une « caution, faite postérieurement à l'arrestation du sieur R., « avait été tardive, et que la consignation effectuée par l'huis- « sier en exécution de l'ordonnance de référé n'avait pu rétro-

(1) Dev.-Car., 53, 2, 592.

« activement valider cette exécution, l'arrêt attaqué, loin d'a-« voir violé les art. 439-441, en a fait au contraire une juste et « saine application, — Rejette le pourvoi » (1).

— « Les tribunaux de commerce, dit l'art. 442, ne connaî-« tront point de l'exécution de leurs jugements. » C'est là un principe qu'il est facile d'expliquer en théorie. Les tribunaux de commerce sont des tribunaux d'exception ou d'attribution, ils ont compétence exclusivement pour les affaires commerciales : les difficultés auxquelles peut donner lieu l'exécution d'un jugement, fût-ce même l'exécution d'un jugement du tribunal de commerce, ces difficultés en elles-mêmes n'ont rien de commercial, et, par conséquent, elles doivent rester dans la compétence des tribunaux ordinaires. Cependant ce principe, si rationnel qu'il paraisse, n'a pas une origine ancienne : il a été consacré seulement par le Code de procédure. Evidemment la loi des 16-24 août 1790 n'en tenait aucun compte, lorsqu'elle disait (Titre XII, art. 5), en parlant des tribunaux de commerce : « La contrainte par corps continuera d'avoir lieu « pour l'exécution de tous leurs jugements. S'il survient des « contestations sur la validité des emprisonnements, elles seront « portées devant eux... »

Il y a des cas où l'application du principe posé dans l'art. 442 ne peut souffrir aucune difficulté. Ainsi le tribunal de commerce a condamné Pierre à payer une certaine somme à Paul ; celui-ci, pour obtenir paiement, a pratiqué une saisie. Voici des questions qui pourront s'élever : Le jugement a-t-il été signifié dans les formes prescrites? La saisie a-t-elle été précédée du commandement voulu par la loi? Entre le commandement et la saisie y a-t-il eu l'intervalle, plus ou moins long, exigé par la loi selon les diverses espèces de saisie? La saisie n'a-t-elle pas porté sur des choses insaisissables? Toutes ces questions et bien d'autres de même nature devront être soumises au tribunal civil, quoiqu'elles s'élèvent à propos de l'exécu-

(1) Dev.-Car., 63, 1, 537.

tion d'un jugement rendu par le tribunal de commerce (1).

Réciproquement, toutes les fois qu'il y aura contestation sur le sens du jugement rendu par le tribunal de commerce, toutes les fois qu'il s'agira, non pas précisément de l'exécution, mais de l'interprétation de ce jugement, c'est au tribunal de commerce qu'il faudra s'adresser. En effet, interpréter le jugement ou une disposition obscure du jugement, c'est bien véritablement statuer encore sur la question qui a été primitivement soumise au tribunal : cette question étant commerciale, il n'y a que le tribunal de commerce qui puisse en connaître. Ici ou jamais il faut dire : *Ejus est interpretari cujus est condere.* — A plus forte raison, dirons-nous que le tribunal de commerce, en prononçant la contrainte par corps, peut commettre un huissier pour faire la signification avec commandement, conformément à l'art. 780 du Code de procédure. Suivant la remarque de mon savant collègue M. Colmet-Daage, « ce qui est interdit « aux tribunaux de commerce, c'est de juger les contestations « relatives à l'exécution de leurs jugements, mais non de pré- « parer cette exécution. De même qu'ils mettent à leurs juge- « ments la formule exécutoire, de même ils peuvent commet- « tre l'huissier chargé de faire la signification et le commande- « ment prescrits par l'art. 780 » (2).

La loi elle-même apporte certaines exceptions au principe général de l'art. 442. Lorsqu'un jugement du tribunal de commerce est exécutoire par provision, mais à charge de fournir caution, la caution que présente la partie qui veut nonobstant l'appel procéder à l'exécution, cette caution étant contestée par l'appelant, on peut bien dire qu'il y a là une difficulté relative à l'exécution du jugement; et cependant il est parfaitement certain que la procédure réglée par les art. 440 et 441 sera suivie devant le tribunal de commerce.

On dit souvent que le principe de l'art. 442 est exclusive-

(1) Comp. Boitard, *op. cit.*, n° 665.
(2) Sur Boitard, t. II, n° 1046.

ment applicable aux jugements définitifs, aux jugements portant condamnation, qu'il ne s'applique jamais aux jugements préparatoires ou interlocutoires (1). Il y a dans cette proposition quelque chose de trop absolu. Sans doute, quand le tribunal de commerce ordonne une enquête, c'est devant lui que les témoins seront entendus, c'est à lui que seront soumises les difficultés auxquelles l'enquête pourra donner lieu; de même, quand le tribunal de commerce ordonne une expertise. Mais, lorsque le tribunal de commerce ordonne une vérification d'écriture, ce n'est point devant lui, c'est devant le tribunal civil, qu'il sera procédé à la vérification (2).

On s'est demandé à quel tribunal doit être soumise la question de savoir si un jugement par défaut du tribunal de commerce se trouve périmé faute d'avoir été exécuté dans les six mois de son obtention (3). En principe, il faut admettre que c'est bien là une question d'exécution du jugement, et que, par conséquent, elle doit être soumise au tribunal civil et non au tribunal de commerce. La Cour de cassation, au fond, semble bien admettre cette doctrine; mais elle y apporte un notable tempérament. Pour comprendre sa décision, il est indispensable d'avoir une idée des faits de la cause à l'occasion de laquelle est intervenu l'arrêt. En 1833, le tribunal de commerce de Bordeaux condamne par défaut le sieur F. à payer au sieur A. le montant de quatre lettres de change, s'élevant à 1,950 fr.; le jugement est signifié, puis commandement est fait le 3 février 1834. Le commandement ayant été renouvelé le 16 novembre 1842, F. forme opposition au jugement par défaut, et soutient, d'une part, que le jugement est périmé, et, d'autre part, que les lettres de change sont prescrites. Sur le point de savoir si le jugement était périmé, A. prétend que c'est là une

(1) Voy. notamment les *considérants* d'un arrêt de la Cour de cassation, du 6 juillet 1863 (Dev.-Car., 63, 1, 442).

(2) Ceci, comme nous l'avons vu, est formellement écrit dans l'art. 427.

(3) Voy. les art. 643 du Code de commerce et 156 du Code de procédure.

question d'exécution, qui excède la compétence du tribunal de commerce; il ajoute que, tant que le jugement n'a pas été déclaré périmé, la prescription des lettres de change s'est trouvée interrompue. Jugement, du 27 février 1843, qui rejette l'exception d'incompétence et déclare acquise la prescription des lettres de change. Le 28 janvier 1845, arrêt de la Cour de Bordeaux, qui confirme en adoptant les motifs des premiers juges. Enfin, le 27 novembre 1848, arrêt de rejet, de la Chambre civile, motivé comme il suit : « La demande formée par F., et « dont le tribunal de commerce de Bordeaux se trouvait saisi, « était une opposition au jugement par défaut, rendu par ce « tribunal le 23 décembre 1833, et avait pour objet de faire « décider que le titre sur lequel ce jugement avait été rendu « était prescrit; le tribunal de commerce était exclusivement « compétent pour statuer à la fois sur cette opposition et sur le « moyen de prescription présenté. Il est vrai que, pour arriver à « décider qu'il y avait prescription du titre, il fallait préalablement décider que le jugement par défaut du 23 décembre « 1833 était périmé faute d'exécution dans les six mois de son « obtention; mais, cette question de péremption ne se rattachant pas à des actes d'exécution et étant incidente à l'instance d'opposition, le tribunal pouvait la juger, sans pour « cela s'immiscer dans la connaissance de contestations élevées « sur l'exécution de son jugement. Lorsque la loi, dans les « art. 442 et 553 du Code de procédure, a interdit aux tribunaux de commerce la connaissance des contestations élevées « sur l'exécution de leurs jugements, elle a seulement voulu « leur défendre de connaître des actes de poursuite exercés en « vertu de ces jugements; mais, puisqu'ils sont compétents « pour connaître de l'opposition aux jugements par eux rendus par défaut, ils le sont pour juger les contestations que « fait naître cette opposition. Ainsi, en jugeant comme elle l'a « fait, que, dans l'espèce, ce n'était que subsidiairement que le « tribunal de commerce était appelé à statuer sur la question « de savoir si le jugement était ou non périmé, et que pour la

« résoudre il n'avait à apprécier le mérite d'aucun acte d'exé-« cution, la Cour n'a violé aucune loi » (1).

En définitive, sur la question de savoir si la péremption du jugement peut être invoquée par voie d'opposition devant le tribunal de commerce, je dirai, avec MM. Dalloz et Chauveau Adolphe : Le moyen réel, sérieux, dirigé contre le jugement, est-ce une demande en péremption, déguisée sous la forme d'une opposition : le tribunal de commerce est incompétent. Au contraire, l'opposition est-elle basée sur la prescription de l'action, et la péremption n'est-elle invoquée que pour empêcher qu'on ne prétende que le jugement par défaut a interrompu cette prescription : il faut admettre, avec la Cour de cassation, que le tribunal de commerce est compétent nonobstant le principe de l'art. 442 (2).

Il est possible qu'un tribunal de commerce ait condamné le défendeur à des dommages-intérêts, mais sous condition, pour le cas où ce défendeur ne ferait pas telle chose, n'accomplirait pas telle prestation. Supposons qu'une contestation s'élève entre les parties sur le point de savoir si la condition est ou non réalisée : quel sera le tribunal compétent pour statuer sur cette contestation? Toutes les fois qu'il ne s'agira pas d'interpréter les dispositions du jugement, qui peuvent très-bien n'offrir matière à aucun doute, la question d'exécution d'un jugement commercial n'étant point commerciale de sa nature, c'est le tribunal civil qui sera compétent. La Cour de cassation s'est plusieurs fois prononcée en ce sens (3).

— Nous avons bien vu, dans l'art. 442, que les tribunaux de commerce ne connaissent pas de l'exécution de leurs jugements. Mais quel est précisément le tribunal qui connaît de cette exécution? La réponse ne se trouve pas dans l'art. 442, elle se trouve dans l'art. 553 du même Code de procédure, article ainsi conçu : « Les contestations élevées sur l'exécution des ju-« gements des tribunaux de commerce seront portées au tri-

(1) Dev.-Car., 49, 1, 253.

(2) *Lois de la procédure*, t. VII (*supplément*), n° 1551 *bis*.

(3) Voy. notamment l'arrêt du 31 décembre 1860 (Dev.-Car., 62, 1, 264).

« bunal de première instance du lieu où l'exécution se pour-
« suivra. » Par exemple, si une difficulté s'élève à l'occasion de la saisie immobilière pratiquée en vertu d'un jugement du tribunal de commerce, cette difficulté sera soumise au tribunal civil de la situation de l'immeuble (C. Nap., art. 2210). En ce qui concerne la contrainte par corps, la loi indique une distinction : aux termes de l'art. 794 du Code de procédure, « à
« défaut d'observation des *formalités* prescrites, le débiteur
« pourra demander la nullité de l'emprisonnement, et la de-
« mande sera portée au tribunal du lieu où il est détenu ; si la
« demande en nullité est fondée sur des moyens de fond, elle
« sera portée devant le tribunal de l'exécution du jugement. »
Cette distinction se comprend très-bien quand c'est un tribunal civil qui a prononcé la contrainte par corps : l'action en nullité sera portée, suivant les cas, soit au tribunal civil du lieu où le débiteur est détenu, soit au *tribunal de l'exécution du jugement*, c'est-à-dire au tribunal civil qui a rendu le jugement. Mais la distinction est-elle encore applicable quand la contrainte par corps résulte du jugement d'un tribunal de commerce? Oui, dit M. Bonnier (1) : « La demande en nullité, fondée sur des
« moyens du fond, est portée devant le tribunal qui a rendu le
« jugement, fût-ce un tribunal de commerce, parce qu'il ne
« s'agit plus alors de l'exécution forcée en elle-même, mais de
« l'interprétation du jugement. » C'est là une idée à laquelle je ne puis me rallier. Je dis simplement que, quand la contrainte par corps résulte du jugement d'un tribunal de commerce, la distinction faite par l'art. 794 devient inapplicable, attendu que le *tribunal de l'exécution du jugement* ne peut être, aux termes de l'art. 553, que le tribunal civil du lieu où le débiteur est détenu (2).

— On s'est demandé s'il y a lieu d'appliquer en matière commerciale les articles suivants du Code de procédure :

(1) *Eléments de procédure civile*, n° 1520.
(2) Comp. M. Chauveau Adolphe, *Lois de la procédure*, t. VI, quest. 2707.

ART. 163. « Il sera tenu au greffe un registre sur lequel l'a-« voué de l'opposant fera mention sommaire de l'opposition, en « énonçant les noms des parties et de leurs avoués, les dates « du jugement et de l'opposition. Il ne sera dû de droit d'en-« registrement que dans le cas où il en serait délivré expédi-« tion. »

ART. 164. « Aucun jugement par défaut ne sera exécuté à « l'égard d'un tiers que sur un certificat du greffier, constatant « qu'il n'y a aucune opposition portée sur le registre. »

ART. 548. « Les jugements qui prononceront une mainlevée, « une radiation d'inscription hypothécaire, un paiement ou « quelque autre chose à faire par un tiers ou à sa charge, ne « seront exécutoires par les tiers ou contre eux, même après « les délais de l'opposition ou de l'appel, que sur le certificat « de l'avoué de la partie poursuivante, contenant la date de la « signification du jugement faite au domicile de la partie con-« damnée, et sur l'attestation du greffier constatant qu'il « n'existe contre le jugement ni opposition ni appel. »

ART. 549. « A cet effet, l'avoué de l'appelant fera mention « de l'appel, dans la forme et sur le registre prescrits par « l'art. 163. »

ART. 550. « Sur le certificat qu'il n'existe aucune opposition « ni appel sur ce registre, les séquestres, conservateurs et tous « autres seront tenus de satisfaire au jugement. »

Dans ces dernières années, la question s'est présentée deux fois devant la Cour de cassation.

Le sieur B. avait obtenu un jugement du tribunal de commerce de la Seine, l'autorisant à toucher à la Caisse des dépôts et consignations une somme déposée par son débiteur. S'étant présenté à la Caisse après l'expiration du délai de l'appel, il éprouva un refus motivé sur ce qu'il ne produisait pas le certificat prescrit par l'art. 548. Le sieur B. s'adresse alors au greffier, qui lui répond que le registre dont parlent les art. 163 et 549 n'est pas tenu au greffe du tribunal de commerce. Sur la poursuite du sieur B., jugement du tribunal civil ordon-

nant que dans les trois jours le greffier du tribunal de commerce délivrera le certificat prescrit par l'art. 548. Mais, le 22 juillet 1854, la Cour de Paris infirme ce jugement, par le seul motif que les art. 642 et 643 du Code de commerce, réglant la forme de procéder devant les tribunaux consulaires, ont expressément déterminé les dispositions du Code de procédure qui recevraient en ce cas leur application, et que les art. 163, 164, 548 et 549 n'y sont pas compris (1). Le sieur B. s'étant pourvu en cassation, la Cour suprême rendit d'abord un arrêt de partage. M. Nicias Gaillard, alors premier avocat-général, concluait, dans un réquisitoire très-remarquable, au rejet du pourvoi. Mais, contrairement à ces conclusions, la Cour, par son arrêt du 9 juin 1856, cassait l'arrêt de la Cour de Paris. Voici les motifs invoqués par la Cour suprême :

« Les règles contenues dans le Titre VI du Livre V de la première partie du Code de procédure sont générales et s'appliquent à l'exécution de tous les jugements : c'est ce qu'on doit conclure, non-seulement de la rubrique placée en tête de ce Titre, mais encore et surtout de la nature même des dispositions qu'il contient. Notamment les art. 548-550, combinés avec l'art. 163, auquel l'art. 549 se réfère, ont pour objet, d'une part, de donner aux actes d'opposition ou d'appel toute leur efficacité à l'encontre des tiers; d'autre part, de rendre l'exécution des jugements par défaut ou jugements en premier ressort possible et sûre dans celles de leurs dispositions qui prescrivent des mainlevées, des paiements ou autres choses qui doivent être faites par des tiers. A cet effet, il est nécessaire que la partie qui a droit de poursuivre l'exécution d'un jugement puisse justifier, aux tiers intéressés, du caractère purement et simplement exécutoire de ce jugement, en prouvant, quand il y a lieu, qu'il n'est frappé d'aucune opposition ou d'aucun appel; et l'on ne comprendrait pas pourquoi ces indispensables garanties seraient refusées aux tiers et autres par-

(1) Dev.-Car., 54, 2, 611.

ties intéressées à l'exécution des jugements civils proprement dits. — Si les art. 548-550 et l'art. 163 ne sont pas au nombre des articles du Code de procédure que les art. 642 et 643 du Code de commerce déclarent applicables à la forme de procéder devant les tribunaux de commerce, on n'en saurait tirer aucun argument contraire au principe ci-dessus posé. En effet, les règles générales contenues dans la loi commune s'appliquent aux matières spéciales lorsqu'il y a parité de raison et lorsqu'on ne trouve à leur égard dans la loi spéciale ni dérogation expresse ni inconciliabilité. — Si les art. 548-549 et 163 supposent, pour la réalisation des mesures qu'ils prescrivent, l'intervention des avoués, on n'en saurait conclure que des prescriptions aussi générales et aussi nécessaires ne soient applicables qu'aux seuls tribunaux civils. Il faut, en effet, distinguer dans ces articles le principe général, applicable à toutes les juridictions, qu'ils posent, et le mode d'exécution particulier aux tribunaux civils qu'ils réglementent plus spécialement. Il y a simplement lieu de combiner cette dernière partie de leurs dispositions, pour leur application aux tribunaux de commerce, avec l'art. 414, qui interdit le ministère des avoués devant ces tribunaux : d'où la conséquence unique que ce qui se fait, au greffe du tribunal civil, avec l'intervention ou par le ministère des avoués, doit se faire, au greffe commercial, directement par les parties ou leur fondé de pouvoir. Rien n'empêche, du reste, que le certificat de l'avoué dont parle l'article 548 soit remplacé par la représentation au greffier du tribunal de commerce de l'original de l'exploit même d'opposition ou d'appel, acte dont la force probante ne saurait être inférieure à celle du simple certificat, qui ne fait que le reproduire et s'y référer » (1).

En cassant l'arrêt de la Cour de Paris, la Cour suprême avait renvoyé la cause à la Cour de Rouen. Celle-ci, par son arrêt du 26 février 1857, reproduisit la décision de la Cour de

(1) Dev.-Car., 56, 1, 561.

Paris. Voici comment la Cour de Rouen cherche à réfuter les motifs mis en avant par la Cour de cassation : « Les art. 164, 548 et 549 établissent, pour l'exécution des jugements par ou contre les tiers, des règles de procédure dont les garanties salutaires résultent du caractère public des officiers ministériels chargés de s'y conformer et de les suivre : c'est, en effet, bien plutôt à ce titre d'officiers publics que comme mandataires des parties que les avoués agissent en exécution des articles susénoncés de la loi. La procédure devant les tribunaux de commerce se faisant sans le ministère d'avoués et d'aucun autre officier public, l'application des art. 163 et 164, 548 et 549 aux tribunaux de commerce est impossible, non-seulement parce qu'une obligation imposée aux avoués ne saurait être applicable à une juridiction où il n'y a point d'avoués, mais encore et surtout parce que l'organisation légale de cette juridiction ne permet pas d'y rencontrer la garantie que le législateur a cherchée et trouvée pour les juridictions civiles.... Si l'on pouvait admettre l'utilité, la nécessité même, pour la juridiction commerciale, d'une mesure analogue à celle qu'établissent pour les tribunaux civils les art. 163 et 164, 548 et 549, c'est au législateur qu'il appartiendrait d'y pourvoir : les tribunaux sont, en effet, chargés d'appliquer et non de créer la loi.... » (1).

Mais, sur le pourvoi formé contre cet arrêt, la Cour de cassation, statuant en audience solennelle, a, contrairement aux conclusions de son procureur-général, persisté dans sa première décision : le 13 janvier 1859, elle a cassé l'arrêt de la Cour de Rouen, comme précédemment elle avait cassé l'arrêt de la Cour de Paris. « La substitution de la partie à l'avoué, dit la Cour de cassation, est de règle et de pratique constantes dans tous les cas analogues où des articles du Code de procédure doivent être étendus aux matières de commerce. Il n'y a rien d'exorbitant à faire peser sur les parties l'obligation dont il s'agit, puisque, présumées capables de veiller à leurs intérêts

(1) Dev.-Car., 57, 2, 203.

en vertu du système de la loi commerciale, on ne fait qu'exiger d'elles des actes conservatoires de leurs droits, actes qui ne sont que le corollaire soit de la volonté d'exécuter de la part du poursuivant, soit de l'opposition ou de l'appel émané de la partie poursuivie, actes enfin qui se résolvent dans la simple remise au greffe du tribunal de commerce, ici de l'exploit de signification du jugement, là de l'exploit d'opposition ou d'appel.... » (1).

Tous les auteurs ne se sont pas ralliés à la doctrine de la Cour de cassation. Si elle est pleinement admise par notre excellent ami Emile Ollivier (2), elle est au contraire vivement combattue par M. Chauveau Adolphe (3). « La loi exige, dit ce dernier auteur, un registre tenu par les avoués, un registre dont le greffier n'est que dépositaire; quand il n'y a pas d'avoués en cause, le registre n'a plus d'existence possible. — La Cour de cassation parle de garantie *à accorder aux tiers*. Mais qu'importe aux tiers que le registre prescrit par le Code de procédure soit tenu ou ne le soit pas? les tiers peuvent toujours exiger que la partie prouve que le jugement est passé en force de chose jugée. Les art. 163 et 548, applicables aux tribunaux civils, près desquels postulent des avoués, se bornent à simplifier les obligations de la partie. — Dans le système de la Cour de cassation, le greffier peut exiger la représentation de l'original même de l'exploit, avant de permettre la mention sur le registre. Mais cet original peut être dans une ville éloignée ou à l'enregistrement : comment fera-t-on s'il y a intérêt à ce que la mention ne soit pas retardée d'une heure? » Ces considérations ne sont certes point sans force. J'incline cependant vers la doctrine de la Cour de cassation.

(1) Dev.-Car., 59, 1, 145.
(2) *Revue pratique de droit français*, t. VII, p. 135 et suiv.
(3) *Lois de la procédure*, t. VII (*supplément*), p. 581 et suiv.

TITRE QUATRIÈME.

DE L'APPEL DES JUGEMENTS EN MATIÈRE COMMERCIALE (Ch. D.).

Dans le Code, le Titre IV est intitulé *De la forme de procéder devant les Cours impériales.* A cette rubrique j'en substitue une autre un peu plus large, notamment parce que je fais rentrer dans le Titre IV la disposition de l'art. 639 et celle de l'art. 644, lesquelles, à proprement parler, ne concernent pas la forme de procéder en appel.

Nous aurons à examiner, à propos de ce Titre, quatre questions principales, savoir :

1° Quels jugements sont susceptibles d'appel?

2° Devant qui l'appel est-il porté?

3° Quel est le délai pour interjeter appel?

4° Des effets de l'appel, et de la procédure en appel.

I. Dans quel cas le jugement rendu en matière commerciale est-il susceptible d'appel? Dans quel cas, au contraire, est-il en dernier ressort? Le Code de 1808 disait (art. 639) : « Les tribu-« naux de commerce jugeront en dernier ressort : 1° toutes les « demandes dont le principal n'excédera pas la valeur de mille « francs; 2° toutes celles où les parties justiciables de ces tri-« bunaux, et usant de leurs droits, auront déclaré vouloir être « jugées définitivement et sans appel. » Déjà, d'après la loi des 16-24 août 1790 (Titre XII, art. 4), les juges de commerce devaient prononcer en dernier ressort sur toutes les demandes dont l'objet n'excéderait pas la valeur de mille livres (1).

(1) En matière civile, la loi de 1790 disait de même (Titre IV, art. 5) : « Les juges de district connaîtront, en premier et dernier ressort, de « toutes affaires personnelles et mobilières, jusqu'à la valeur de mille « livres de principal, et des affaires réelles dont l'objet principal sera de « cinquante livres de revenu, déterminé soit en rentes, soit par prix de « bail. »

Cette disposition du Code de 1808 est restée en vigueur pendant trente-deux ans, jusqu'en 1840. La loi du 11 avril 1838 ayant décidé, dans son art. 1er, que les tribunaux civils d'arrondissement connaîtraient, en dernier ressort, des actions personnelles et mobilières jusqu'à la valeur de quinze cents francs de principal, il a paru convenable d'élever de même le taux de la compétence en dernier ressort des tribunaux de commerce. En conséquence, aux termes de l'art. 1er de la loi du 3 mars 1840, l'art. 639 du Code de commerce est rectifié ainsi qu'il suit :

« Les tribunaux de commerce jugeront en dernier ressort : « 1° Toutes les demandes dans lesquelles les parties justicia- « bles de ces tribunaux, et usant de leurs droits, auront dé- « claré vouloir être jugées définitivement et sans appel; — « 2° toutes les demandes dont le principal n'excédera pas la « valeur de quinze cents francs; — 3° les demandes recon- « ventionnelles ou en compensation, lors même que, réunies à « la demande principale, elles excéderaient 1,500 francs. Si « l'une des demandes principales ou reconventionnelles s'élève « au-dessus des limites ci-dessus indiquées, le tribunal ne « prononcera sur toutes qu'en premier ressort; néanmoins, il « sera statué en dernier ressort sur les demandes en dom- « mages-intérêts, lorsqu'elles seront fondées exclusivement sur « la demande principale elle-même » (1).

En général, les questions auxquelles peut donner lieu cet article n'ont rien de particulier aux matières de commerce ; elles se présentent également à propos de la loi du 11 avril 1838. Je ne m'y arrêterai donc pas: leur place est dans un traité sur la procédure ou plutôt sur l'organisation judiciaire (2).

(1) Comme on le voit, les nos 1 et 2 de cet article, sauf la substitution du chiffre de *quinze cents francs* au chiffre de *mille francs*, sont la reproduction littérale de l'ancien art. 639. Quant au no 3, il n'était pas dans le projet du Gouvernement, il a été ajouté par la Chambre des pairs; il reproduit la disposition contenue dans l'art. 2 de la loi du 11 avril 1838 *sur les tribunaux civils de première instance*.

(2) On lira sûrement avec intérêt le travail publié par M. Négrin, avocat

Quelques mots seulement sur le n° 1 du nouvel article 639.

La loi a pris la peine de dire que, lorsqu'une affaire commerciale est, de sa nature, susceptible des deux degrés de juridiction, les parties peuvent d'avance renoncer à la faculté d'interjeter appel de la décision que va rendre le tribunal de commerce (1). A quelles conditions cette renonciation sera-t-elle valable? Il faut d'abord qu'il s'agisse de parties *usant de leurs droits*, c'est-à-dire capables. Il faut aussi qu'elles soient *justiciables des tribunaux de commerce:* cela signifie que le tribunal de commerce qui va statuer doit être au moins compétent *ratione materiæ*, sinon *ratione personæ*. Si la renonciation n'émane pas de la partie intéressée elle-même, il faut évidemment qu'elle émane d'une personne ayant un pouvoir spécial à cet effet. Enfin on s'est demandé si cette renonciation supposait nécessairement un accord, une convention synallagmatique, entre les parties. Suivant M. Bédarride (2), « le « consentement isolé de l'un des plaideurs ne lierait pas même « celui dont il émane : il ne serait considéré que comme une « proposition soumise à l'acceptation formelle de tous les inté- « ressés, et qui, n'ayant pas obtenu et rempli cette condition, « se trouverait de plein droit rétractée. » J'admets que, dans le doute, c'est en ce sens qu'il faut interpréter l'intention des parties. Mais, s'il était constant que l'une des parties a entendu renoncer purement et simplement à la faculté d'interjeter appel, sans s'inquiéter de savoir si l'autre partie userait ou non de cette faculté, je crois que la renonciation ainsi faite serait encore valable. Du reste, l'attention du rédacteur de l'art. 639

à Aix, sous ce titre : *Du droit d'appel limité à quinze cents francs, surtout en matière d'assurances maritimes.* Dans un volume de plus de 500 pages, l'auteur s'est proposé uniquement pour but, ainsi qu'il le dit lui-même, « de déterminer comment doit être calculé le chiffre auquel le législateur « a successivement fixé la limite des deux ressorts »

(1) Quelques auteurs soutiennent qu'une pareille renonciation ne serait pas valable en matière civile. La Cour de cassation repousse, avec raison, ce système. Voy. l'arrêt du 26 juin 1855 (Dev.-Car., 55, 1, 708).

(2) *Op. cit.*, n° 412.

paraît s'être portée principalement sur les cas où, l'instance étant déjà engagée, les parties déclarent devant le tribunal que leur intention est qu'il les juge en dernier ressort : elles renoncent alors l'une et l'autre à la faculté d'interjeter appel (1).

Nous savons que, quand un tribunal statue sur sa compétence, son jugement à cet égard est toujours susceptible d'appel (2). — En ce qui concerne la contrainte par corps, la loi du 17 avril 1832 disait déjà (art. 20) : « Dans les affaires où les « tribunaux civils ou de commerce statuent en dernier ressort, « la disposition de leur jugement relative à la contrainte par « corps sera sujette à l'appel ; cet appel ne sera pas suspensif. » Et la loi du 13 décembre 1848 est venue accorder une nouvelle faveur au débiteur, en disant (art. 7) : « Le débiteur contre « lequel la contrainte par corps aura été prononcée par juge- « ment des tribunaux civils ou de commerce conservera le « droit d'interjeter appel, du chef de la contrainte, dans les « trois jours qui suivront l'emprisonnement ou la recom- « mandation, lors même qu'il aurait acquiescé au jugement et « que les délais ordinaires de l'appel seraient expirés. Le dé- « biteur restera en état. » Ces articles ont donné lieu à plusieurs questions intéressantes, que je vais examiner rapidement, en laissant seulement de côté quant à présent celles qui se réfèrent au délai dans lequel l'appel doit être interjeté.

La loi disant que la disposition du jugement relative à la contrainte par corps est sujette à l'appel lors même que le tribunal statue en dernier ressort, il en résulte incontestablement que le débiteur contre qui la contrainte par corps a été prononcée peut toujours de ce chef interjeter appel. Ainsi, par exemple, la demande étant de 1,200 francs et le tribunal ayant condamné par corps le défendeur, celui-ci conclut à ce que le jugement soit infirmé en tant que prononçant la contrainte

(1) Comp. l'art. 7 du Code de procédure.

(2) Voy. l'art. 425 *in fine* du Code de procédure, et, ci-dessus, p. 466 Comp. l'art. 454 du même Code de procédure.

par corps, attendu que le créancier n'avait pas demandé qu'elle fût prononcée et qu'ainsi le tribunal se trouve l'avoir prononcée d'office, ce qui ne lui est jamais permis (1). Mais une question très-controversée est celle de savoir si, dans cette hypothèse où le montant de la demande ne dépassait pas 1,500 francs, le créancier lui-même pourrait interjeter appel de la disposition du jugement qui statue sur la contrainte par corps. Je suis disposé à croire que la loi a voulu simplement favoriser le débiteur et qu'elle a entendu laisser le créancier sous l'empire du droit commun. C'est ce que la Cour de Metz me paraît avoir parfaitement établi, dans son arrêt du 30 mars 1859 (2).

La loi du 13 décembre 1848 est venue trancher la question de savoir si le débiteur condamné par corps peut interjeter appel, du chef de la contrainte par corps, même après avoir acquiescé au jugement. La Cour de cassation a décidé, par application de l'art. 7 de cette loi, que le débiteur qui a laissé périmer un premier appel peut néanmoins interjeter de nouveau appel du chef de la contrainte par corps (3); et, dans le même ordre d'idées, la Cour de Paris admet que le débiteur qui s'est désisté d'un premier appel peut en former un deuxième (4).

Ce n'est pas au tribunal qu'il appartient de décider si son jugement est ou non susceptible d'appel. Ainsi, d'abord il est parfaitement certain que, quand la loi a voulu qu'un jugement fût susceptible d'appel, il ne peut pas dépendre du tribunal qui rend ce jugement de faire qu'il se trouve rendu en dernier ressort. Ce principe est consacré dans les art. 453 (1[er] alinéa), et 454 du Code de procédure. Le Code de commerce n'a pas pris la peine d'en faire spécialement l'application; mais il a prévu l'hypothèse inverse. L'art. 646 (tel qu'il a été rectifié par

(1) Voy. l'arrêt de la Cour de Paris, du 19 novembre 1856 (Dev.-Car., 57, 2, 21).

(2) Dev.-Car., 59, 2, 653.

(3) Arrêt du 29 novembre 1852 (Dev.-Car., 52, 1, 797). Voy., dans le même sens, un arrêt de la Cour d'Alger, du 4 février 1856 (Dev.-Car., 56, 2, 438).

(4) Arrêt du 12 décembre 1853 (Dev.-Car., 54, 2, 144).

l'art. 2 de la loi du 3 mars 1840) s'exprime ainsi : « Dans les « limites de la compétence fixée par l'art. 639 pour le dernier « ressort, l'appel ne sera pas reçu, encore que le jugement « n'énonce pas qu'il est rendu en dernier ressort, et même « quand il énoncerait qu'il est rendu à charge d'appel » (1).

II. Les tribunaux de commerce sont traités comme les tribunaux civils d'arrondissement, en ce qui concerne le taux de leur compétence en dernier ressort. La similitude existe à un autre point de vue : il appartient à la même autorité supérieure de connaître en appel des affaires jugées par les tribunaux civils et des affaires jugées par les tribunaux de commerce. La loi du 27 ventôse an VIII *sur l'organisation des tribunaux* disait déjà, dans son art. 22 : « Les tribunaux d'appel statueront sur les appels des « jugements de première instance rendus par les tribunaux de « commerce. » Et l'art. 644 du Code de commerce, aujourd'hui encore en vigueur, est ainsi conçu : « Les appels des jugements « des tribunaux de commerce seront portés par devant les « Cours dans le ressort desquelles ces tribunaux sont situés. »

III. Quel est le délai donné par la loi pour interjeter appel ? Ici encore nous trouvons la même règle en matière civile et en matière commerciale. Aux termes de l'art. 443 du Code de procédure, « Le délai pour interjeter appel sera de trois mois. « Il courra, pour les jugements contradictoires, du jour de la « signification à personne ou domicile ; pour les jugements par « défaut, du jour où l'opposition ne sera plus recevable.... » Aux termes de l'art. 645 du Code de commerce, « Le délai « pour interjeter appel des jugements des tribunaux de com- « merce sera de trois mois, à compter du jour de la significa- « tion du jugement, pour ceux qui auront été rendus contra- « dictoirement, et du jour de l'expiration du délai de l'opposi-

(1) L'art. 453 (2e alinéa) du Code de procédure contient une disposition analogue.

« tion, pour ceux qui auront été rendus par défaut... » Aujourd'hui, d'après la loi du 3 mai 1862 (art. 2 et 7), le délai n'est plus de trois mois, il est seulement de deux mois : la disposition du Code de procédure et celle du Code de commerce ont été rectifiées en ce sens.

L'art. 443 du Code de procédure contient une disposition finale ainsi conçue : « L'intimé pourra néanmoins interjeter in-« cidemment appel en tout état de cause, quand même il au-« rait signifié le jugement sans protestation.» Ainsi, le tribunal a condamné le défendeur, mais pourtant sans avoir alloué au demandeur le montant intégral de ses conclusions ; le demandeur ayant signifié le jugement, le défendeur ayant interjeté appel dans les deux mois de la signification, et ce délai de deux mois étant aujourd'hui expiré, le demandeur peut encore former un appel incident. Bien que cette disposition ne se retrouve pas écrite dans le Code de commerce, cependant je l'applique sans difficulté en matière commerciale : en effet, elle me paraît conforme aux principes généraux, et d'ailleurs l'art. 648 *in fine* du Code de commerce déclare applicable en matière commerciale la procédure organisée par les art. 443 et suiv. du Code de procédure; or, l'appel incident est bien une matière qui rentre dans la procédure.

De son côté, l'art. 645 du Code de commerce contient cette disposition finale : « L'appel pourra être interjeté le jour même « du jugement. » Ceci se rattache à la règle que les jugements en matière commerciale sont toujours exécutoires provisoirement nonobstant appel. La preuve que les deux idées se tiennent, c'est qu'en matière civile l'appel d'un jugement *non exécutoire par provision* ne peut pas être interjeté dans la huitaine à dater du jour du jugement (1). — Qu'il s'agisse de savoir à dater de quel moment l'exécution peut être poursuivie, ou à dater de quel moment l'appel peut être interjeté, nous avons cette règle

(1) Voy. l'art. 449 du Code de procédure.

générale que pour tout jugement du tribunal de commerce les choses se passent comme pour le jugement rendu en matière civile et déclaré exécutoire par provision. L'idée du législateur est que la partie qui en droit peut procéder à l'exécution, en fait ne s'y décidera pas trop facilement, trop légèrement, si son adversaire a déjà interjeté appel. Du reste, si en matière civile l'appel peut être non recevable comme formé prématurément (C. de proc., art. 449), cela n'est jamais possible en matière commerciale, la loi prenant soin de dire en termes absolus que l'appel peut être interjeté le jour même du jugement.

De la disposition finale de notre art. 645 ressort encore une autre conséquence. C'est après avoir parlé successivement du jugement contradictoire et du jugement par défaut que la loi ajoute : « L'appel pourra être interjeté le jour même du juge-« ment. » Evidemment cette disposition ne s'applique pas seulement au jugement contradictoire, elle s'applique aussi au jugement par défaut. Si elle s'applique au jugement par défaut, c'est que le législateur a voulu restreindre aux matières civiles la disposition ainsi formulée dans l'art. 455 du Code de procédure : « Les appels des jugements susceptibles d'opposition ne « seront point recevables pendant la durée du délai pour l'op-« position. » Ainsi, en matière civile, la partie condamnée par défaut a d'abord pendant un certain temps la voie de l'opposition, et elle n'en a pas d'autre; puis, quand elle l'a perdue, il lui reste pendant deux mois la voie de l'appel. Au contraire, en matière commerciale, cette partie a d'abord à sa disposition, pendant un certain temps (jusqu'à l'exécution du jugement), et la voie de l'opposition et même celle de l'appel; quand elle ne peut plus employer la première, il lui reste encore deux mois pour employer l'autre. On voit qu'en matière commerciale le délai pour interjeter appel dépasse toujours deux mois, puisque l'appel peut toujours être interjeté même avant l'époque que la loi a fixée comme point de départ des deux mois passé lesquels l'appel n'est plus recevable. — Cette importante consé-

quence que je tire de l'art. 645 *in fine* est généralement admise par la doctrine et par la jurisprudence (1).

Le délai pour interjeter appel d'un jugement contradictoire est de deux mois à compter du jour de la signification de ce jugement. L'art. 443 du Code de procédure parle de *signification à personne ou domicile ;* l'art. 645 du Code de commerce parle simplement de *signification*. On s'est demandé si en matière commerciale la signification au greffe, dans les termes de l'art. 422 du Code de procédure, suffirait pour faire courir le délai de deux mois. La question est très-controversée. J'avoue que j'ai quelque peine à le comprendre : car elle me paraît tranchée par le texte même de l'art. 422. En effet, cet article, supposant une partie non domiciliée dans le lieu où siége le tribunal, dit qu'à défaut d'une élection de domicile mentionnée sur le plumitif de l'audience, « toute signification, même celle du juge-« ment définitif, sera faite valablement au greffe du tribunal. » D'après cela, pour pouvoir exécuter le jugement, il suffirait de l'avoir signifié au greffe : comment donc ne se contenterait-on pas de cette même signification au greffe quand il s'agit d'obtenir un résultat certainement moins grave, de faire courir le délai d'appel? La Cour de cassation a effectivement décidé, le 21 décembre 1857, que l'art. 422 du Code de procédure constitue une dérogation au principe posé dans le premier alinéa de l'art. 443 du même Code. Suivant la Cour, « Si, aux termes « de l'art. 443, la signification à partir de laquelle court le « délai d'appel est, pour les jugements civils ordinaires, celle « qui est faite à personne ou à domicile (domicile qui ne doit « s'entendre que du domicile réel), il en est autrement de la « signification des jugements ordinaires en matière de com-« merce, auxquels s'applique l'art. 645 du Code de commerce : « quant à ces derniers jugements, les conditions de la signi-« fication sont spécialement réglées par l'art. 422 du Code de

(1) Voy. Boitard, *op. cit.*, n° 692. Voy. aussi M. Chauveau Adolphe, *Lois de la procédure*, t. VII (*supplément*), n° 1637.

« procédure, placé sous le Titre relatif à la *procédure devant les « tribunaux de commerce.* Il résulte de cet article que, dans « les cas où les parties sont tenues de faire élection de domicile « dans le lieu où siége le tribunal, toute signification, même « celle du jugement définitif, doit être faite à ce domicile élu, « et qu'à défaut de cette élection la signification est vala- « blement faite au greffe du tribunal. Ce mode de significatio « a été ainsi réglé en vue de favoriser la prompte expédition « des affaires commerciales et d'empêcher qu'elle ne soit en- « travée par l'éloignement du domicile réel des parties, fran- « çaises ou étrangères. Un domicile dans le lieu où siége le « tribunal a été exigé par la loi, ou donné par elle, non pas « seulement pour l'instruction, mais pour que toute significa- « tion, même celle du jugement définitif, y soit faite valable- « ment. La présomption de la loi est que la signification du « jugement définitif, régulièrement faite selon les conditions « qu'elle prescrit, porte à la connaissance des parties ou de « leurs représentants le jugement signifié : ainsi cette signifi- « cation doit produire tous ses effets, dont l'un est de faire courir « le délai d'appel... » (1).

Même depuis cet arrêt de la Cour suprême, les Cours impériales sont en désaccord sur la question. La Cour de Nîmes, par son arrêt du 6 août 1861, s'est ralliée à la doctrine de la Cour de cassation (2) ; mais la Cour de Colmar, par son arrêt du 11 décembre 1861, a persisté dans la doctrine contraire (3). Du reste, il faut convenir que l'arrêt de la Cour de Colmar n'a pas une bien grande valeur : car la Cour se borne à remarquer « que, si l'art. 422 autorise la notification du jugement au « greffe du tribunal de commerce, il n'ajoute pas que cette « notification fera courir les délais d'appel. Dès lors, dit la « Cour, on est, dans le cas de l'art. 422 comme dans tout autre, « régi par la règle générale de l'art. 443. »

(1) Dev.-Car., 58, 1, 550.
(2) Dev.-Car., 61, 2, 463.
(3) Dev.-Car., 62, 2, 205.

La plupart des auteurs enseignent l'opinion que j'ai moi-même adoptée (1).

— Il y a certaines matières spéciales auxquelles ne s'applique pas la règle posée dans l'art. 645 du Code de commerce. Ainsi, aux termes de l'art. 582 du même Code, le délai d'appel, pour tout jugement rendu en matière de faillite, est de quinze jours seulement à compter de la signification, sauf augmentation en faveur des parties domiciliées à plus de cinq myriamètres du lieu où siége le tribunal (2). — J'ai déjà cité l'art. 7 de la loi du 13 décembre 1848, portant que le débiteur, contre lequel la contrainte par corps a été prononcée, conserve le droit d'interjeter appel, du chef de la contrainte, dans les trois jours qui suivent l'emprisonnement ou la recommandation, lors même... que les délais ordinaires de l'appel seraient expirés. On s'est demandé si cette faculté d'interjeter appel du chef de la contrainte après l'expiration des délais ordinaires peut être exercée même par un débiteur qui n'a pas encore été incarcéré. La Cour de Toulouse, par son arrêt du 16 février 1850, a répondu négativement: « Le bénéfice de la disposition, dit-elle, ne peut « être revendiqué que par le débiteur mis en état d'arres- « tation » (3). Mais cette décision ne peut se justifier: aussi est-elle universellement repoussée. Comme le dit la Cour d'Agen, dans son arrêt du 7 janvier 1856, « jusqu'à la loi du 13 décem- « bre 1848, c'était une question controversée que celle de « savoir si le débiteur pouvait valablement acquiescer au ju- « gement, soit expressément, soit tacitement par l'exécution « de l'emprisonnement. La jurisprudence inclinait pour la né- « gative, et c'est cette jurisprudence que consacre, dans le « sens le plus large, l'art. 7 de la loi du 13 décembre 1848: à « plus forte raison, il n'interdit certainement pas au débiteur

(1) Voy. notamment MM. Orillard, *op. cit.*, n° 714; Bédarride, *op. cit.*, n° 506; Chauveau Adolphe, *Lois de la procédure*, t. VII (*supplément*), quest. 1556.

(2) Voy. notre t. V, p. 660 et suiv.

(3) Dev.-Car., 52, 2, 231.

« non incarcéré le droit d'interjeter appel » (1). — Le même arrêt décide, toujours avec grande raison, que le droit d'interjeter appel appartiendrait encore au débiteur incarcéré depuis plus de trois jours, si l'incarcération avait été faite illégalement.

IV. En matière civile, il est de principe que l'appel est suspensif (C. de proc., art. 457); en matière commerciale, au contraire, nous le savons, le jugement est exécutoire par provision, nonobstant appel. De cette différence fondamentale résulte la conséquence suivante : tandis qu'en matière civile l'appelant peut obtenir de la Cour impériale, sur assignation à bref délai, que l'exécution soit suspendue, si le jugement a été mal à propos qualifié en dernier ressort ou si l'exécution provisoire a été ordonnée hors des cas prévus par la loi (C. de proc., art. 457, 459 et 460), jamais en matière commerciale la Cour ne peut accorder de semblables défenses. L'art. 647 du Code de commerce est effectivement ainsi conçu : « Les Cours « impériales ne pourront, en aucun cas, à peine de nullité, et « même des dommages-intérêts des parties, s'il y a lieu, accor- « der des défenses ni surseoir à l'exécution des jugements des « tribunaux de commerce, quand même ils seraient attaqués « d'incompétence; mais elles pourront, suivant l'exigence des « cas, accorder la permission de citer extraordinairement à « jour et heure fixes, pour plaider sur l'appel » (2).

(1) Dev.-Car., 56, 2, 103.

(2) Les Sections réunies *de législation* et *de l'intérieur* du Tribunat, dans leurs *observations* du 2 juillet 1807, avaient proposé un autre système. « Il ne faut pas, disaient-elles, que les Cours d'appel puissent donner des défenses ou des sursis sur requête, comme cela se pratiquait abusivement autrefois; mais il ne faut pas non plus que l'exécution provisoire ne puisse jamais être arrêtée que par le jugement définitif de l'appel, car ce jugement peut quelquefois tarder longtemps. » En conséquence, les Sections proposaient la rédaction suivante : « Les Cours d'appel ne « pourront en aucun cas, à peine de nullité, et même des dommages-inté- « rêts des parties, s'il y a lieu, accorder, sur requête non communiquée, « des défenses contre les jugements des tribunaux de commerce, ni sur-

Notre art. 647 ne faisant aucune distinction, il faut en conclure que, même au cas où le tribunal de commerce aurait mal à propos ordonné l'exécution provisoire *sans caution*, la Cour ne pourrait pas accorder des défenses. Mais est-ce à dire que la Cour ne pourrait pas dès à présent, avant de rendre son arrêt sur le fond, ordonner que l'intimé, pour procéder à l'exécution provisoire, devra fournir caution? C'est ce qu'il m'est impossible d'admettre. Sur ce point, j'approuve complétement un arrêt de la Cour d'Aix, du 5 juillet 1862, motivé avec une vigueur peu commune : « Le vrai sens de l'art. 647, dit la Cour, « se montre dans son rapprochement avec l'art. 439 du Code « de procédure, ces deux articles, loin de se contredire, s'ac- « cordant pleinement. Si l'art. 647 répond spécialement à l'in- « térêt de la célérité commerciale, l'art. 439 répond à l'intérêt « non moins considérable de la sûreté commerciale... Les « deux articles étant corrélatifs à ces deux intérêts divers, la « demande par D. d'une caution est, non pas la demande d'un « *délai de grâce* contrairement à l'art. 647, mais bien la de- « mande d'une *garantie* qui lui est assurée par la loi conformé- « ment à l'art. 439. Sans doute la dation d'une caution exige « un certain temps; mais, une garantie étant voulue par la loi, « ce temps est aussi nécessaire en première instance qu'en « appel; de sorte que R. n'a point à se plaindre, l'arrêt ne lui « imposant en définitive que ce qui aurait dû lui être im- « posé par le jugement et dont il a été illégalement dispensé. « Vainement on objecte que la dernière partie de l'art. 647 « autorise une citation extraordinaire à bref délai pour plai- « der sur l'appel, et que la question accessoire de la caution

« soit à leur exécution; mais elles pourront, suivant l'exigence des cas, « prononcer ces défenses ou sursis avant le jugement de l'appel, après « que les parties auront été entendues à l'audience ou dûment appelées. « Elles pourront même, à cet effet, permettre à l'appelant d'assigner à bref « délai devant elles, dans le cas seulement où le jugement serait attaqué « pour cause d'incompétence. » Cette rédaction n'a point passé dans la loi; mais il est certainement très-curieux de la comparer à celle qui a prévalu.

« peut être jointe aux questions principales du fond. En effet, « cette jonction ne serait qu'un expédient inefficace ou illégal: « *inefficace*, si l'exécution effective est continuée nonobstant « l'appel, parce que, l'instruction suffisante du fond ne pouvant pas marcher aussi vite que les poursuites, la caution « serait ordonnée trop tard ou, en d'autres termes, inutilement ; *illégal*, si l'exécution effective est suspendue pendant « le temps nécessaire à la suffisante instruction de l'appel principal, parce que cette suspension ne serait qu'un sursis déguisé et dès lors contraire à la première partie de l'art. 647. « — Ces raisons particulières, tirées du texte et de l'esprit des « deux articles ci-dessus, se fortifient par les principes généraux sur le droit des appelants et sur le devoir des juges « d'appel. 1° *Sur le droit des appelants :* c'est dénier le droit « d'appel quant au chef de la caution (droit cependant incontestable) que d'en ajourner l'exercice utile à une époque où l'appel « serait devenu irrecevable pour défaut d'intérêt, ce qui arriverait si l'arrêt sur la caution demeurait lié à l'arrêt sur le fond, « c'est-à-dire était remis à un moment où, le fait du paiement « provisoire étant accompli, la question de la caution n'aurait « plus d'intérêt ; or, qui dit *droit d'appel* dit *utilité de l'appel*, de « même que celui qui veut la fin veut les moyens. 2° *Sur le « devoir des juges d'appel :* dans notre organisation judiciaire, « où l'appel est la voie ordinaire de recours contre les jugements contradictoires, il est inadmissible que, les premiers « juges ayant violé ouvertement une loi, le juge supérieur, « après avoir constaté cette violation, soit réduit à n'en être « que le vérificateur impuissant » (1).

— Dans quelle forme les Cours impériales procèdent-elles à l'instruction et au jugement des affaires commerciales qui leur sont soumises? L'art. 648 répond à cette question : « Les appels « des jugements des tribunaux de commerce seront instruits « et jugés dans les Cours comme appels de jugements rendus

(1) Dev.-Car., 63, 2, 167.

« en matière sommaire. La procédure, jusque et y compris « l'arrêt définitif, sera conforme à celle qui est prescrite, pour « les causes d'appel en matière civile, au livre III de la *pre-* « *mière partie* du Code de procédure. »

La personne qui veut interjeter appel, en matière commerciale aussi bien qu'en matière civile, le fait au moyen d'une assignation (C. de proc., art. 456). L'assignation doit contenir toutes les mentions prescrites par l'art. 61 du Code de procédure, sauf qu'il est généralement admis que l'appelant n'a pas besoin d'énoncer ses moyens, les griefs qu'il impute au jugement. L'acte d'appel doit être signifié à personne ou à domicile : il est parfaitement certain que la signification serait nulle si elle était faite au domicile élu ou au greffe du tribunal de commerce par application de l'art. 422 du Code de procédure, attendu que cet article concerne uniquement la première instance. — En matière civile, après l'acte d'appel, vient un échange d'écritures entre les deux parties (C. de proc., art. 462); en matière commerciale, quelle que soit l'importance de la contestation, l'appel devant être instruit et jugé comme appel de jugement rendu en matière sommaire, il s'ensuit qu'il est porté à l'audience sur simple acte et sans autre procédure (C. de proc., art. 463).

On s'est demandé si les art. 472 et 473 du Code de procédure sont applicables en matière commerciale (1). La question s'est présentée dans les circonstances suivantes : Le syndic d'une

(1) Voici le texte de ces deux articles :

ART. 472. « Si le jugement est confirmé, l'exécution appartiendra au « tribunal dont est appel. Si le jugement est infirmé, l'exécution, entre « les mêmes parties, appartiendra à la Cour impériale qui aura prononcé « ou à un autre tribunal qu'elle aura indiqué par le même arrêt.... »

ART. 473. « Lorsqu'il y aura appel d'un jugement interlocutoire, si le « jugement est infirmé et que la matière soit disposée à recevoir une déci- « sion définitive, les Cours impériales et autres tribunaux d'appel pour- « ront statuer en même temps sur le fond définitivement, par un seul et « même jugement. Il en sera de même dans les cas où les Cours impériales « ou autres tribunaux d'appel infirmeraient, soit pour vice de forme, soit « pour toute autre cause, des jugements définitifs. »

faillite avait assigné les héritiers P. devant le tribunal de commerce de St-Jean-d'Angely, en paiement de 214,267 francs pour solde d'un compte courant ouvert à leur auteur; le tribunal, après avoir ordonné qu'il serait procédé à l'établissement et à la vérification du compte par-devan un juge commis, avait rendu un deuxième jugement admettan le syndic à prouver par témoins certains faits. Sur l'appel, la Cour de Poitiers rendait, le 26 août 1862, un arrêt infirmatif, qui rejette la preuve offerte comme portant sur des faits non pertinents, qui déclare n'y avoir lieu d'évoquer le fond, la cause n'étant pas en état, et qui enfin renvoie les parties devant le tribunal de commerce de Poitiers. Pourvoi en cassation par le syndic, fondé sur trois moyens, savoir : excès de pouvoir et violation de l'art. 473; violation par fausse application de l'art. 472; violation des art. 442 et 553. Mais la Cour suprême, par son arrêt du 6 juillet 1863, a rejeté le pourvoi. « Dans l'art. 472, dit la Cour, par le mot « *exécution* il faut nécessairement entendre les suites que le « jugement doit avoir, c'est-à-dire, s'il s'agit d'un jugement interlocu- « toire, ce qui reste à faire pour que les droits des parties soient « appréciés et déclarés par jugement définitif. Dans l'espèce, « la Cour impériale, ayant infirmé le jugement qui ordonnait « une enquête, par le motif que les faits admis en preuve « étaient non pertinents et inadmissibles, se trouvait dans la « nécessité ou de prononcer elle-même immédiatement sur « l'affaire si cette affaire était en état, ou d'en renvoyer, ainsi « qu'elle l'a fait, la connaissance à de nouveaux juges. Les « art. 442 et 553 du Code de procédure ont uniquement pour « objet les contestations élevées sur l'exécution des jugements « définitifs des tribunaux de commerce : ils ne sauraient avoir « d'application aux jugements préparatoires ou interlocutoires « rendus par ces mêmes tribunaux pour l'instruction des « affaires portées devant eux » (1). En somme, la doctrine de cet arrêt me paraît exacte; seulement, comme j'ai déjà eu l'oc-

(1) Dev.-Car., 63, 1, 442.

casion d'en faire la remarque (ci-dessus, p. 493 et 494), le dernier *considérant* est conçu en termes trop absolus.

APPENDICE AUX TITRES III ET IV.

PROCÉDURE DEVANT LES CONSEILS DE PRUD'HOMMES. APPEL DE LEURS JUGEMENTS.

Voici les principales règles concernant la procédure devant les conseils de prud'hommes et l'appel de leurs jugements, telles que nous les trouvons posées dans le décret du 20 février 1810 et dans la loi du 1er juin 1853 :

Tout marchand fabricant, tout chef d'atelier, tout contremaître, tout teinturier, tout ouvrier, compagnon ou apprenti, appelé devant les prud'hommes, est tenu, sur une simple lettre de leur secrétaire, de s'y rendre en personne au jour et à l'heure fixés, sans pouvoir se faire remplacer, hors le cas d'absence ou de maladie... (1). — Si le particulier qui aurait été invité par le secrétaire à se rendre au bureau particulier ou général des prud'hommes ne paraît point, il lui sera envoyé une citation, qui lui sera remise par l'huissier attaché au conseil. Cette citation, qui contiendra la date des jour, mois et an, les noms, profession et domicile du demandeur, les noms et demeure du défendeur, énoncera sommairement les motifs qui le font appeler (2). — La citation sera notifiée au domicile du défendeur, et il y aura un jour au moins entre celui où elle aura été remise et le jour indiqué pour la comparution, si la partie est domiciliée dans la distance de trois myriamètres; si elle est domiciliée au-delà de cette distance, il sera ajouté un jour pour

(1) Règlement de 1810, art. 29. Comp., ci-dessus, p. 307.
(2) Même règlement, art. 30.

trois myriamètres. Dans le cas où les délais n'auraient pas été observés, si le défendeur ne paraît point, les prud'hommes ordonneront qu'il lui soit envoyé une nouvelle citation : alors les frais de la première citation seront à la charge du demandeur (1).

Au jour fixé par la lettre du secrétaire ou par la citation de l'huissier, les parties comparaîtront devant le bureau particulier des prud'hommes, sans pouvoir être admises à faire signifier aucune défense (2). — Les parties seront d'abord entendues contradictoirement. Le bureau particulier ne négligera rien pour les concilier; s'il ne peut y parvenir, il les renverra devant le bureau général, qui statuera sur-le-champ (3).

Si, au jour indiqué par la lettre du secrétaire ou par la citation de l'huissier, l'une des parties ne comparaît pas, la cause sera jugée par défaut, sauf l'envoi d'une nouvelle citation, dans le cas prévu au dernier paragraphe de l'art. 31 (4). — La partie condamnée par défaut pourra former opposition, dans les trois jours de la signification faite par l'huissier du conseil. Cette opposition contiendra sommairement les moyens de la partie, et assignation au premier jour de séance du conseil des prud'hommes, en observant toutefois les délais prescrits pour les citations; elle indiquera en même temps le jour et heure de la comparution, et sera notifiée ainsi qu'il est dit ci-dessus (5). — Si le conseil des prud'hommes sait par lui-même ou par les représentations qui lui seront faites par les proches voisins ou amis du défendeur, que celui-ci n'a pu être instruit de la contestation, il pourra, en adjugeant le défaut, fixer pour le délai de l'opposition le temps qui lui paraîtra convenable; et, dans le cas où la prorogation n'aurait été ni accordée d'office ni demandée, le défaillant pourra être relevé de la ri-

(1) Même règlement, art. 31.
(2) Même règlement, art. 32.
(3) Même règlement, art. 22 et 36.
(4) Même règlement, art. 41.
(5) Même règlement, art. 42.

gueur du délai et admis à opposition, en justifiant qu'à raison d'absence ou de maladie grave il n'a pu être instruit de la contestation (1). — La partie opposante qui se laisserait juger une seconde fois par défaut ne sera plus admise à former une nouvelle opposition (2). — Les jugements par défaut qui n'ont pas été exécutés dans le délai de six mois sont réputés non avenus (3).

Les jugements des conseils de prud'hommes sont signés par le président et par le secrétaire (4).

Les jugements des conseils de prud'hommes sont définitifs et sans appel, lorsque le chiffre de la demande n'excède pas deux cents francs en capital. Au-dessus de deux cents francs, les jugements sont sujets à l'appel devant le tribunal de commerce (5). — L'appel ne sera pas recevable après les trois mois de la signification faite par l'huissier attaché au conseil (6).

Lorsque le chiffre de la demande excède deux cents francs, le jugement de condamnation peut ordonner l'exécution immédiate, et à titre de provision, jusqu'à concurrence de cette somme, sans qu'il soit besoin de fournir caution. Pour le surplus, l'exécution provisoire ne peut être ordonnée qu'à la charge de fournir caution (7).

Les jugements rendus par le bureau général des prud'hommes, lorsque les parties n'auront pu être conciliées par le bureau particulier, seront mis à exécution vingt-quatre heures

(1) Même règlement, art. 43.

(2) Même règlement, art. 44.

(3) Loi du 1er juin 1853, art. 15.

(4) Loi du 1er juin 1853, art. 12.

(5) Loi du 1er juin 1853, art. 13. — D'après le règlement de 1810 (art. 23 *in fine*), pour que le jugement fût en dernier ressort, il fallait que le différend n'excédât pas soixante francs en principal et en accessoires ; mais le décret du 3 août 1810 (art. 2) avait porté à cent francs le taux maximum de la compétence en dernier ressort.

(6) Règlement de 1810, art. 38. — C'est sans doute par oubli que la loi du 3 mai 1862 n'a pas réduit ce délai à deux mois.

(7) Loi du 1er juin 1853, art. 14.

après la signification, et provisoirement, sauf l'appel... (1).

— On s'est demandé si les jugements rendus en dernier ressort par les conseils de prud'hommes ne sont susceptibles de recours en cassation que pour excès de pouvoir ou incompétence, ou si au contraire ils en sont susceptibles d'une manière générale, pour toute violation de la loi. La Cour de cassation, par son arrêt du 20 décembre 1852, s'est prononcée avec raison dans ce dernier sens : « Par la loi de son institution, dit-elle, la « Cour de cassation est appelée à prononcer sur toutes de- « mandes en cassation formées contre les jugements en der- « nier ressort. Si par la loi du 27 ventôse an VIII et par celle du « 25 mai 1838, le législateur a cru devoir faire une exception « pour les jugements des juges de paix, qui ne peuvent être « déférés à la censure de la Cour de cassation que pour excès « de pouvoir, et pour les jugements des tribunaux militaires, « qui ne peuvent l'être que pour incompétence ou excès de « pouvoir, il n'en est pas de même des jugements en dernier « ressort rendus par les conseils de prud'hommes, en faveur « desquels aucune loi n'a fait d'exception semblable et qui « dès lors restent soumis à l'empire de la règle générale en « matière de pourvoi » (2).

— Les parties peuvent toujours se présenter volontairement devant les prud'hommes pour être conciliées par eux : dans ce cas, elles sont tenues de déclarer qu'elles demandent leurs bons offices. Cette déclaration sera signée par elles, ou mention en sera faite si elles ne savent signer. Il ne sera rien payé pour cet objet (3).

En ce qui concerne les *prud'hommes pêcheurs*, il est à remarquer qu'ils jugent *sans forme ni figure de procès et même sans écriture*. D'où la Cour suprême a tiré la conséquence que leurs

(1) Règlement de 1810, art. 27.

(2) Dev.-Car., 53, 1, 101. — Dans l'espèce, la Cour suprême casse le jugement pour violation de l'art. 1134 du Code Napoléon.

(3) Règlement de 1810, art. 58.

jugements ne peuvent pas être l'objet d'un pourvoi en cassation : « Cette dispense d'écrire leurs jugements, dit la Cour, « affranchit nécessairement ceux qu'ils rendent, en matière « civile, d'un recours direct en cassation, puisque, d'après les « anciens règlements toujours subsistants, nul pourvoi ne peut « être reçu par la Chambre des requêtes qu'autant qu'on y « a joint une copie signifiée ou une expédition de la décision « attaquée. Cette obligation du demandeur n'est pas une sim- « ple formalité de procédure, ce qui permettrait de dire que « l'impossibilité de la remplir dans le cas particulier doit dis- « penser de son accomplissement : en effet, la nécessité de « cette production tient au principe le plus fondamental de « ceux qui régissent la Cour de cassation, principe qui, rendant « cette Cour juge du droit seulement, l'oblige à prendre pour « base de son examen les faits constatés par les jugements « même qui lui sont déférés » (1).

Il faut, du reste, aller plus loin : il faut reconnaître que les jugements des prud'hommes pêcheurs sont souverains dans le sens le plus absolu du mot, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent être attaqués devant aucun tribunal. Voici en quels termes le tribunal civil de Montpellier a fait application de ce principe, le 16 août 1855 : « D'après leur titre d'institution, les prud'hom- « mes pêcheurs, élus en la manière accoutumée, ont seuls le « droit de connaître de la police de la pêche, et de juger sou- « verainement, sans forme ni figure de procès et sans écri- « ture, et sans appeler avocats ou procureurs, la contraven- « tion à ladite police. Les prud'hommes ont droit d'exécuter « eux-mêmes, sur-le-champ, leur jugement non écrit, sans « formalité de procédure. Il suit de ces principes certains sur « la juridiction anormale des prud'hommes que, lorsqu'un « acte émané d'eux est déféré aux tribunaux ordinaires, il y « a lieu d'examiner si l'acte est une pure voie de fait ou bien si « c'est un acte juridictionnel. Au premier cas, il peut être ré-

(1) Arrêt du 13 juillet 1847 (Dev.-Car., 48, 1, 400).

« primé : car, parce qu'un pêcheur est prud'homme, il ne « peut pas commettre, en dehors de ses fonctions, des actes « violents ou arbitraires, exempts du contrôle du pouvoir « judiciaire commun. Au second cas, si l'acte est un acte ju- « ridictionnel, les tribunaux ordinaires sont incompétents « pour l'infirmer... » (1).

(1) Ce jugement a été confirmé en appel par un arrêt du 3 avril 1856 (Dev.-Car., 56, 1, 525).

FIN DU TOME SIXIÈME ET DERNIER.

TABLE ANALYTIQUE DES MATIÈRES.

LIVRE TROISIÈME. — DES FAILLITES ET DES BANQUEROUTES.

TITRE II. — DES BANQUEROUTES (Ch. D.).

Etymologie et sens du mot *banqueroute*, p. 1.

Un homme ne peut être condamné comme banqueroutier qu'après que sa faillite a été déclarée par le tribunal de commerce, p. 3.

CHAPITRE I. — DE LA BANQUEROUTE SIMPLE.

§ I. DES CAS OU IL Y A BANQUEROUTE SIMPLE.

Ces cas appartiennent à deux classes distinctes, p. 26.

I. *Cas où le commerçant failli* SERA DÉCLARÉ *banqueroutier simple*, p. 27.

1er *cas* : les dépenses du failli sont jugées excessives, p. 28.

2e *cas* : il a consommé de fortes sommes à des opérations aléatoires ou fictives, p. 29.

3e *cas* : il a employé des moyens ruineux pour retarder sa faillite, p. 33.

4e *cas* : ayant cessé ses paiements, il a payé un créancier au préjudice de la masse, p. 37.

II. *Cas où le commerçant failli* POURRA ÊTRE DÉCLARÉ *banqueroutier simple*, p. 41.

1er *cas* : il a contracté à découvert, pour autrui, des engagements trop considérables, p. 41.

2e *cas* : il est déclaré en faillite n'ayant pas exécuté un précédent concordat, p. 42.

3e *cas* : marié sous le régime dotal ou séparé de biens, il n'a pas observé les art. 69 et 70, p. 45.

4e *cas* : il n'a pas fait au greffe la déclaration exigée par les art. 438 et 439, p. 47.

5e *cas* : sans empêchement légitime, il ne s'est pas présenté aux syndics ou à justice, p. 48.

6e *cas* : il n'a pas tenu de livres, ses livres ou inventaires sont inexacts, p. 51.

Si l'individu poursuivi comme étant dans un des cas de banqueroute simple et acquitté peut encore être poursuivi comme étant dans un autre cas de banqueroute simple, p. 52.

Si, en matière de banqueroute simple, la loi punit la *tentative* et la *complicité*, p. 55.

§ II. DES PEINES INFLIGÉES AU FAILLI COUPABLE DE BANQUEROUTE SIMPLE.

Règle posée par le Code de commerce de 1808 et par le Code pénal de 1810, p. 58. — Droit actuel, p. 59.

§ III. DES PERSONNES QUI PEUVENT POURSUIVRE LE DÉLIT DE BANQUEROUTE SIMPLE, ET DE LA PROCÉDURE.

La banqueroute simple est de la compétence des tribunaux correctionnels ; elle peut cependant être jugée par la Cour d'assises, p. 60.

La loi dit que les cas de banqueroute simple sont jugés sur la poursuite des syndics, de tout créancier ou du ministère public, p. 61.

De la prescription de l'action, p. 62.

Le jugement du tribunal correctionnel est susceptible d'appel, conformément au droit commun, p. 64.

§ IV. PAR QUI SONT SUPPORTÉS LES FRAIS DE LA POURSUITE EN BANQUEROUTE SIMPLE.

Plusieurs cas doivent être distingués :

1er *cas* : la poursuite a été intentée par le ministère public, p. 65.

2e *cas* : la poursuite a été intentée par les syndics, p. 68.

3e *cas* : la poursuite a été intentée par un créancier, p. 69.

CHAPITRE II. — DE LA BANQUEROUTE FRAUDULEUSE.

§ I. DANS QUELS CAS IL Y A BANQUEROUTE FRAUDULEUSE.

Le Code de 1808 distinguait des cas où le failli *devait* et des cas où le failli *pouvait* être poursuivi comme banqueroutier frauduleux, p. 72.

Ce système a été corrigé en 1838, p. 74.

En matière de banqueroute frauduleuse, la loi punit la *tentative* et la *complicité*, p. 77.

§ II. DES PEINES INFLIGÉES PAR LA LOI AU CRIME DE BANQUEROUTE FRAUDULEUSE.

Ancien droit et Code pénal de 1810, p. 78.

Si la peine des travaux forcés, pour cinq ans au moins et pour vingt ans au plus, est toujours prononcée, p. 79.

Pénalité exceptionnelle en ce qui concerne les agents de change et les courtiers, p. 80.

Conséquences attachées à la condamnation, p. 83.

§ III. DE LA PROCÉDURE EN MATIÈRE DE BANQUEROUTE FRAUDULEUSE.

On applique les règles générales posées au Code d'instruction criminelle, p. 84.

Prescription de l'action, p. 88.

§ IV. DES FRAIS DE POURSUITE EN BANQUEROUTE FRAUDULEUSE.

Du cas où il n'y a pas eu constitution de partie civile, p. 88.

Du cas où les syndics se sont portés partie civile, p. 89.

Du cas où le failli a été reconnu coupable de banqueroute frauduleuse et d'un autre crime, p. 90.

L'arrêt de la Cour d'assises doit être affiché et publié, p. 92.

CHAPITRE III. — DES CRIMES ET DES DÉLITS COMMIS DANS LES FAILLITES PAR D'AUTRES QUE PAR LES FAILLIS.

§ I. DES TIERS QUI ENCOURENT LA PEINE DE LA BANQUEROUTE FRAUDULEUSE OU LA PEINE DU VOL.

Complices du crime de banqueroute frauduleuse, p. 94.

Individus qui ont frauduleusement présenté dans la faillite et affirmé des créances supposées, p. 98.

Individus qui, faisant le commerce sous un faux nom, commettent des faits prévus par l'art. 591, p. 103.

Proches parents ou alliés qui sans complicité ont diverti, détourné ou recélé, p. 104.

De certaines questions civiles sur lesquelles la Cour ou le tribunal peut avoir à statuer, p. 108.

§ II. DES SYNDICS QUI SE RENDENT COUPABLES DE MALVERSATION DANS LEUR GESTION.

Les syndics peuvent commettre un abus de confiance ; toute malversation de leur part est punissable, p. 112.

§ III. DES CONVENTIONS NUISIBLES A LA MASSE FAITES PAR DES CRÉANCIERS AVEC LE FAILLI OU AVEC UN TIERS.

Du cas où un créancier a vendu son vote, p. 116.

Du cas où un créancier a fait un traité particulier duquel résulte en sa faveur un avantage à la charge de l'actif du failli, p. 120.

Dans les deux cas, quelle est, en droit privé, la valeur de la convention, p. 130.

L'annulation de la convention peut être poursuivie par la voie civile, p. 137.

CHAPITRE IV. — DE L'ADMINISTRATION DES BIENS EN CAS DE BANQUEROUTE.

La loi de 1838 se borne ici, en général, à reproduire le système de l'ancien Code, p. 146.

Si les art. 465 et 466 du Code d'instruction criminelle peuvent s'appliquer, p. 152.

TITRE III. — DE LA RÉHABILITATION (Ch. D.).

Il peut y avoir réhabilitation, soit au profit du commerçant failli, soit au profit de l'individu condamné à une peine afflictive ou infamante ou à une peine correctionnelle, p. 155.

§ I. A QUELLES CONDITIONS UN FAILLI PEUT ÊTRE RÉHABILITÉ.

En général, un failli peut être réhabilité, quoiqu'il n'ait pas obtenu de concordat, quoiqu'il n'ait pas été déclaré excusable, s'il a payé toutes ses dettes, en capital, intérêts et frais, p. 156.

Du cas où un associé est en faillite par suite de la faillite de la société, p. 159.

Par exception, certains faillis ne peuvent jamais être réhabilités, p. 165.

Un failli peut être réhabilité après sa mort, p. 168.

§ II. DE LA PROCÉDURE A SUIVRE POUR OBTENIR LA RÉHABILITATION.

La réhabilitation est prononcée par les Cours impériales, p. 169.

Des mesures que prend la Cour impériale pour statuer en connaissance de cause, p. 171.

De l'opposition à la réhabilitation, p. 172.

Si les conclusions écrites du procureur général doivent être communiquées au failli, p. 177.

Qui a qualité pour provoquer l'arrêt de la Cour, p. 180.

Si la Cour a un certain pouvoir d'appréciation, p. 181.

Du cas où la Cour rejette la demande en réhabilitation, p. 186.

Du cas où la Cour admet la demande en réhabilitation, p. 188.

§ III. DES EFFETS QUI RÉSULTENT DE LA RÉHABILITATION.

La réhabilitation fait disparaître les incapacités qui ne tenaient point au dessaisissement, p. 190.

1° Incapacités politiques, p. 190.

2° Incapacités commerciales, p. 206.

3° Incapacités qui tiennent à ce que l'honorabilité du failli est suspecte, p. 211.

Si la disposition de l'art. 363 du Code de commerce cesse seulement par la réhabilitation, p. 215.

Du cas où un failli aurait été réhabilité avant d'avoir payé toutes ses dettes, p. 215.

LIVRE QUATRIÈME. — DE LA JURIDICTION COMMERCIALE.

Aperçu général sur les juridictions et sur la compétence (*leçon de M. Bravard*), p. 220.

TITRE I. — ORGANISATION DES TRIBUNAUX DE COMMERCE (Ch. D.).

Historique des tribunaux de commerce, p. 241.

Si l'institution des tribunaux de commerce est bonne en elle-même, si elle peut être améliorée, p. 243.

A qui il appartient d'établir des tribunaux de commerce, et quel est le ressort de chacun de ces tribunaux, p. 248.

De quels magistrats est composé chaque tribunal de commerce, p. 249.

Comment sont nommés les membres des tribunaux de commerce, p. 252.

Des officiers établis près des tribunaux de commerce, p. 271.

Règles particulières concernant la discipline, la manière dont doivent être rendus les jugements, etc , p. 286.

Comment sont jugées les affaires commerciales dans les arrondissements où il n'existe pas de tribunal de commerce, p. 296.

Appendice au Titre Ier : organisation des conseils de prud'hommes, p. 302.

TITRE II. — COMPÉTENCE DES TRIBUNAUX DE COMMERCE (Ch. D.).

Si l'incompétence des tribunaux civils en matière commerciale n'est qu'une incompétence *relative*, p. 309.

Anciennement il était de principe que les commerçants seuls peuvent être traduits devant les tribunaux consulaires, p. 312.

Aujourd'hui nous distinguons la compétence *réelle*, la compétence *personnelle* et la compétence *mixte*, p. 314.

I. PRINCIPAUX CAS DE COMPÉTENCE RÉELLE.

Les tribunaux de commerce connaissent, entre toutes personnes, des contestations relatives aux actes de commerce, p. 319.

Achat de denrées et marchandises pour les revendre ou pour en louer simplement l'usage, p. 322.

Entreprise de manufactures, de commission, de transport par terre ou par eau, p. 343.

Entreprise de fournitures, d'agences, bureaux d'affaires, établissements de vente à l'encan, de spectacles publics, p. 355.

Opérations de change, banque et courtage, p. 366.

Lettres de change ou remises d'argent faites de place en place, p. 374.

Entreprises ou opérations qui se rattachent au commerce maritime, p. 378. — Entreprise de constructions, achats, ventes et reventes de bâtiments pour la navigation intérieure et extérieure, p. 380 ; — expéditions maritimes, p. 382 ; — achat ou vente d'agrès, apparaux et avitaillements, p. 385 ; — affrétement ou nolissement, emprunt ou prêt à la grosse, assurances et autres contrats concernant le commerce de mer, p. 385 ; — accords et conventions pour salaires et loyers d'équipages, engagements de gens de mer pour le service de bâtiments de commerce, p. 393.

Incident sur la compétence en matière de prises, p. 393.
Compétence en matière de société, p. 395.
Compétence en matière de faillite, p. 396.

II. COMPÉTENCE PERSONNELLE.

L'engagement contracté par un commerçant est présumé commercial, p. 402.
Actions contre les facteurs, commis ou serviteurs des marchands, p. 409.
Actions contre les comptables de deniers publics, p. 417.

III. COMPÉTENCE MIXTE.

Compétence en matière de billets à ordre et de lettres de change réputées simples promesses, p. 430.

IV. SI LES TRIBUNAUX DE COMMERCE PEUVENT QUELQUEFOIS JUGER DES QUESTIONS CIVILES.

Du cas où on a cautionné une obligation commerciale, p. 437.
Du cas où la partie actionnée devant un tribunal de commerce veut appeler garant en cause, p. 439.
De la demande reconventionnelle formée devant le tribunal de commerce, p. 440.

APPENDICE AU TITRE II : compétence des conseils de prud'hommes, p. 442.

TITRE III. — DE LA FORME DE PROCÉDER DEVANT LES TRIBUNAUX DE COMMERCE (Ch. D.).

Règles relatives à la demande (compétence *ratione personæ*), p. 447.
Règles relatives à l'instruction, p. 462.
Règles relatives au jugement, p. 477. — Des jugements par défaut, p. 478. — De l'exécution des jugements, p. 488.

TITRE IV. — DE L'APPEL DES JUGEMENTS EN MATIÈRE COMMERCIALE (Ch. D.).

Quels jugements sont susceptibles d'appel, p. 503.
Devant qui est porté l'appel, p. 508.
Quel est le délai pour interjeter appel, p. 508.
Des effets de l'appel, et de la procédure en appel, p. 514.

Appendice aux Titres III et IV. Procédure devant les prud'hommes; appel de leurs jugements, p. 519.

TABLE DES ARTICLES DU CODE DE COMMERCE

QUI SONT EXPLIQUÉS DANS CE VOLUME

Articles.	Pages.	Articles.	Pages.
584.	59, 60 et 61.	617.	250.
585.	27.	618.	254.
586.	41.	619.	254.
587.	65.	620.	260.
588.	68.	621.	263.
589.	69.	622.	266.
590.	70.	623.	267.
591.	75.	624.	276.
592.	89.	625.	282.
593.	95.	626.	292.
594.	104.	627.	272.
595.	109.	628.	288.
596.	114.	629.	289.
597.	116.	630.	286.
598.	131.	631.	314 et 395.
599.	137.	632.	320.
600.	65, 71, 92 et 145.	633.	378.
601.	148.	634.	409.
602.	151.	635.	398.
603.	151.	636.	430.
604.	156.	637.	430.
605.	170.	638.	403 et 417.
606.	171.	639.	504.
607.	172.	640.	297.
608.	172.	641.	297.
609.	176.	642.	447.
610.	180.	643.	483.
611.	188.	644.	508.
612.	165.	645.	489 et 508.
613.	206.	646.	507.
614.	168.	647.	514
615.	248.	648.	516.
616.	249.		

Imprimé par Ch. Noblet, rue Soufflot, 18.